الدكتور
نبيل إبراهيم سعد
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
والمحامي بالنقض

المدخل إلى القانون

نظرية الحق



المدخل إلى القانون
نظرية الحق

الدكتور
نبيل إبراهيم سعد
أستاذ القانون المدني
كلية الحقوق - جامعة الإسكندرية
والمحامي بالنقض

منشورات الحلبي الحقوقية

منشورات الحلبي الحقوقية

AL - HALABI
LEGAL PUBLICATIONS

الطبعة الأولى

© 2010

ISBN 978-614-401-055-6



منشورات الحلبي الحقوقية

فرع اول:

بناية الزين - شارع القنطاري

مقابل السفارة الهندية

هاتف: 364561 (1-961+)

هاتف خليوي: 640821 - 640544 (3-961+)

فرع ثانٍ:

سوديكو سكوير

هاتف: 612632 (1-961+)

فاكس: 612633 (1-961+)

ص.ب. 11/0475 بيروت - لبنان

E - mail elhalabi@terra.net.lb

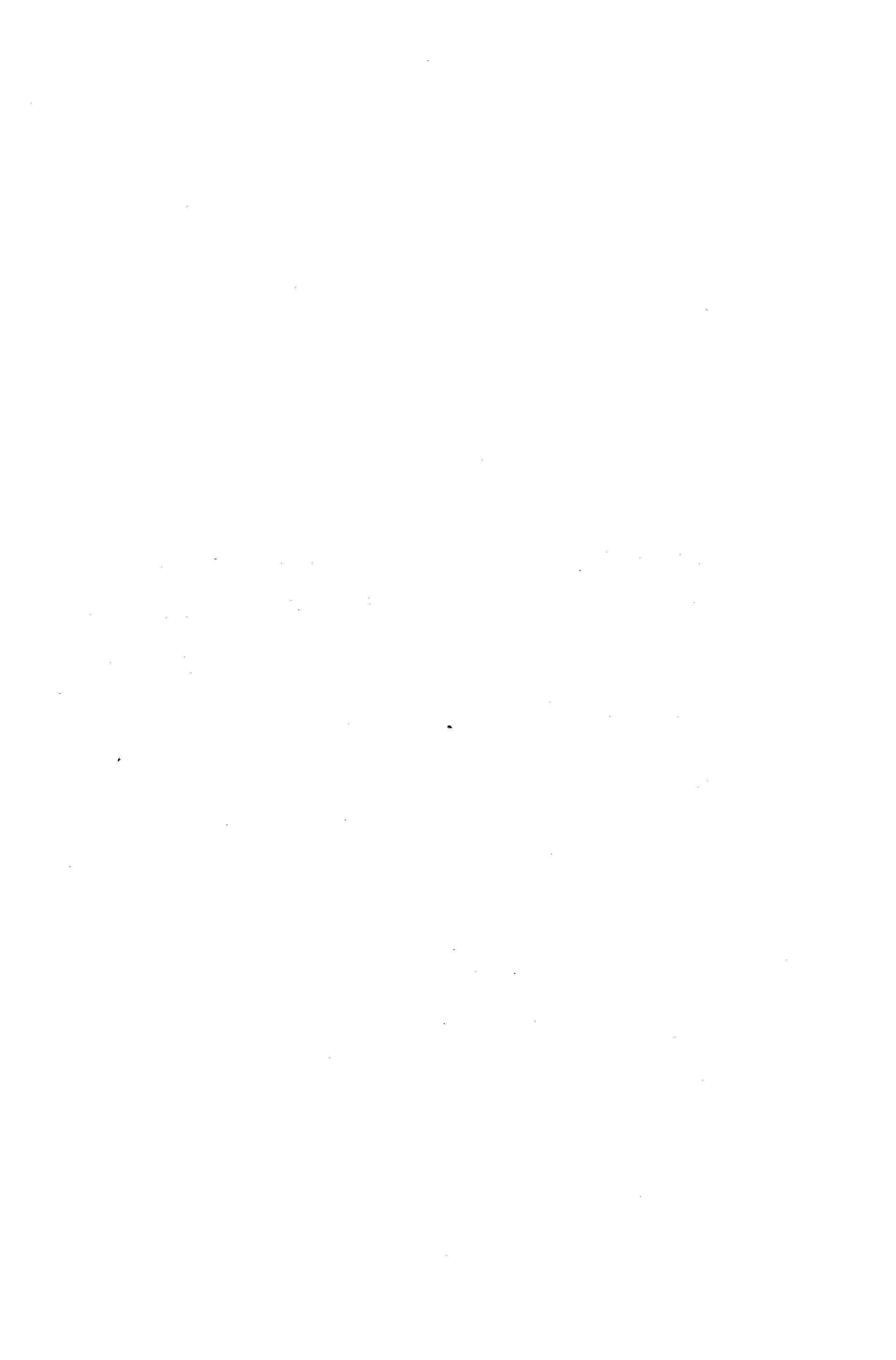
www.halabilawbooks.com

بسم الله الرحمن الرحيم

« إنا فتحنا لك فتحاً مبيناً ليغفر لك الله ما تقدم من ذنبك وما تأخر ويتم نعمته عليك ويهديك صراطاً مستقيماً وينصرك الله نصراً عزيزاً »

صدق الله العظيم

(الآية ١، ٢، ٣ من سورة الفتح)



الإهداء

إلي طلاب العلم .....

« إن المناصب القيادية أو الإدارية إنما هي صفات تخلع علي الذات وتخلع عنها المهم أن تبقي الذات دائماً سوية لأن كلها أمور زائلة والعبرة في النهاية بقيمة المرء الخلقية والعلمية ».

المؤلف



مقدمة

سبق أن رأينا أن القانون هو الذى يقيم النظام فى المجتمع ويحكم نشاط الأفراد وعلاقاتهم فيه عن طريق فرض التكاليف والواجبات على الأفراد من ناحية وتقرير حقوق لهم من ناحية أخرى، وذلك ليحقق التوازن بين المصالح المتعارضة للأفراد ليسود الأمن والسلم الاجتماعى فى المجتمع.

وبذلك تبدو الصلة الوثيقة بين القانون والحق، فالقانون هو الذى يقر الحقوق ويرسم حدودها ويفرض احترامها ليسود النظام فى الجماعة. ولتكتمل الدراسة ينبغى إذن دراسة نظرية الحق.

ودراسة نظرية الحق تقتضى منا أن ندرس:

في باب أول : التعريف بالحق.

نتعرض فيه لفكرة الحق، ثم الوقوف على أنواعه.

في باب ثان : أركان الحق.

ونعرض فيه لصاحب الحق ولمحل الحق.

وفي باب ثالث: نشوء الحق واستعماله وانقضاؤه.

ونقف هنا على مصادر الحق وكيفية إثباته، ثم نعرض لاستعمال الحق وكيفية حمايته، وأخيراً نبين أسباب انقضاء الحقوق، سواء كانت حقوقاً عينية أو حقوقاً شخصية.



الباب الأول

التعريف بالحق

وللتـعـريف بالحق يجب أن نقف أولاً علي فكرة الحق، ثـم نعرض بعد ذلك لأنواعه.



الفصل الأول

فكرة الحـــق

تمهيد:

بالرغم من أن كلمة الحق كثيرة التردد في اللغة اليومية، ولايجد الشخص العادى صعوبة فى الإحساس بمدلولها، إلا أن هذه الفكرة فى اللغة القانونية كانت مثار خلاف شديد بين الفقهاء.

فمن الفقهاء من ذهب إلى عدم جدواها، بل إلى عدم وجودها القانونى. لكن الممارسة العملية والغالبية العظمى من الفقهاء مازالت تقر بوجود هذه الفكرة، وإن اختلفوا حول مدلولها ومعناها. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

المبحث الأول

وجود الحق

وهنا سنعرض للانتقادات التى وجهت لفكرة الحق، ثم نبين بعد ذلك صمود فكرة الحق فى القانون الحديث بالرغم من كل هذه الانتقادات.

المطلب الأول

انتقاد فكرة الحق

فى الحقيقة إن الفقهاء الذين يذهبون إلى حد إنكار فكرة الحق كان لكل منهم منطلقه الخاص.

أولا: مدرسة القانون الطبيعي التقليدية وانتقاد فكرة الحق:

من الثابت تاريخياً، لدى فقه تاريخ القانون السائد، أن القانون الرومانى لم يكن يعرف فكرة الحق بالمفهوم الذى نعرفه الآن[١]. وقد كانت كلمة "jus" لاتعنى سلطة لفرد معين، أو مكنه أو ميزة لصاحبه، ولكنها كانت تعنى الحصة التى تعود على الفرد فى التنظيم الاجتماعى، حصة "part" يمكن أن تحتوى على مركب من المزايا والأعباء. فالعدالة كانت تتمثل حينئذ فى منح كل واحد حصته[٢].

هذه الفكرة كانت تقابل تماماً فلسفة القانون الطبيعى التقليدى كما عرفت ابتداء من أرسطو والقديس توماس الأكوينى. فطبقاً لهذه الفلسفة فإنه يوجد نظام طبيعى يستلزم أن يوضع كل عنصر من عناصر الكون فى موضعه الصحيح والعادل. وعلى ذلك فإنه اذا كان من الضرورى إقامة

---

(١) انظر بصيغة خاصة:

- M. Villey, Les institutes de Gaius et l'idée du droit subjectif, Revue historique du droit, 1946, p. 201 et S.; La genèse du droit subjectif chez Guillaume d'occam, Arch. philo. du droit, 1964, p. 97 et S. spéc. p. 104 et s.

(2) M. Villey, La genèse du droit subjectif, op. cit., p. 100.

علاقات بين الأفـراد، والاشـياء، والأنظمة[1]، فالعدالة تقتضى أن يوضـع كـل شئ فـى مكانه، فى عـالم متـآلف، حيث يسود الـعدل الكونى الذى منحته الطبيعة[2].

وقـد كـان من مـقـتـضى ذلك أنـه ليـس هـناك مـحـل للحـرية، للسلطـات، للمكنات أو المزايا، الممنوحـة للإنسـان، لأن التـفكير فى السلطة لايكون إلا من خـلال التـفكير فى الـفرد، بينمـا القـانون يمثل عـلاقـة أعلى، علاقة بين الأفراد. هذه العلاقة لا تنشأ بطريقة تحكمية من جانب المشرع، ولكن تجـد مصـدرها العـميق فى السعى للصالح العام، الذى يـفرضـه نظام الطبيعة.

ولذلك فإن هذه النظرية تعتبر أن ظهور فكرة الحق تعد تحولاً سيئاً حيث أنها تكشف عن الأنانية الفردية التى تهدف إلى الاستئثار، وبالتالى تشويه ما تم بناءه من أجل العدالة والصالح العام، وكذلك مسخ العلاقة وحصرها فى مجرد سلطة فردية[3].

بلا شـك فـكـرة الحـق سـمحت بتأكـيد ما للفـرد مـن سلطـات فـى مواجهة الدولة بكل ما تملكـه من قـوة وبطـش. ولذلـك يمكن الاعتراف بما حـقـقـته هذه الفكرة من مـزايا حـينذاك، وذلك باعـتبـارها أداة هامـة فى الصـراع بين الأفـراد وبطش الدولة. لكن ألم يحن الوقت للعودة مرة أخـرى للأفكار الصـحيحـة. فـالنظرة الشـخـصـيـة المحضـة للحق تؤدى إلى تكريس مـجـمـوعـة من المزايا الفـردية بدلاً من البـحـث عن الـعـلاقـات العـادلة بين الأفراد.

فمواجهة الحق بالنظر إلى صاحبه ومصـالحه فحسب تعتبر أساساً فكرة

---

(1) M. Villey, ibid., p. 103.

(2) Thomann, Christian Wolff et le droit subjectif, Arch. Philo. du droit, 1964, p. 153 et s.

(3) M. Villey, loc. cit., p. 109.

ضد ما هو قانوني "Antijuridique"(١)، لأنها تتجاهل الوظيفة الأساسية للقانون، وهى إقامة العدالة. وعلى ذلك يجب أن نمحو من مصطلحاتنا وأفكارنا كلمة «الحق» والأخذ فى الاعتبار فقط العلاقات القانونية الموضوعية، علاقات كل واحد مع غيره، التى تشمل بالتأكيد المزايا ولكن فى نفس الوقت تشمل الواجبات.

هذه الانتقادات لفكرة الحق كانت نتيجة طبيعية لاتخاذ موقف فى جانب القانون الطبيعى كما صوره أرسطو والقديس توماس الأكوينى. ومن العجيب أن ما انتهت إليه هذه المدرسة من إنكار لفكرة الحق يتفق مع فقه مدرسة معارضة لها تماماً من الناحية الفلسفية، وهى المدرسة الواقعية. وهذا هو موضوع الفقرة الآتية:

ثانياً: انتقادات المدرسة الواقعية لفكرة الحق:

وهنا سنعرض بصفة أساسية للانتقادات التى وجهها ديجى لفكرة الحق، ثم نبين بعد ذلك موقف كلسن من فكرة الحق.

١ - نظرية ديجي Duguit: لاتوجد حقوق وإنما مراكز قانونية:

أشهر الانتقادات التى وجهت ضد فكرة الحق تلك التى قال بها الفقيه ديجى(٢).

ونقطة الانطلاق لديه هى رفض فكرة الحقوق الطبيعية للإنسان باعتبارها فكرة فلسفية مما وراء الطبيعة، كما أنها فكرة عديمة الفائدة من الناحية الفنية.

في الواقع أن الحق، بالنسبة له، يقابل التأكيد على علو إرادة صاحب الحق على إرادة الآخرين(٣). وعلى ذلك فإن مشكلة الحق تتمثل فى التساؤل الآتى: هل هناك إرادات لها، على نحو دائم أو مؤقت، صفة خاصة تعطيها

(1) M. Villey, op. cit., p. 110.

(٢) بصفة خاصة فى كتابه:

Traité de droit constitutionnel, t. I, 3 e éd. 1927.

(3) Duguit. Traité..., t. I. p. 15.

السلطة فى أن تفرض نفسها على إرادات الآخرين[1]. الإجابة لاتكون إلا بالنفى لأنه يستحيل إيجاد تفسير علمى لهذا التدرج فى الإرادات.

- ويرى ديجى أن ما يمكن ملاحظته فقط فى المجال القانونى هو القواعد القانونية. هذه القواعد من خلال تطبيقها على الأفراد يمكن أن تحدد مراكزهم. وعلى ذلك فإنه لا محل إذن للكلام عن الحقوق وإنما عن المراكز القانونية. فالمراكز القانونية، إيجابية كانت أو سلبية، ليست إلا القاعدة القانونية ذاتها منظوراً إليها فى جانبها الشخصى، أى حال تطبيقها على شخص معين. فالأمر يتعلق إذن بموقف الشخص، سلباً أو إيجاباً، إزاء القاعدة القانونية.

- ويميز ديجي في هذا الصدد بين المراكز القانونية الموضوعية. والمراكز القانونية الشخصية أو الذاتية: فالأولى تنشأ عن القاعدة القانونية التى تنظمها، وتتسم بنفس خصائصها من حيث العمومية والاستمرار، مثال ذلك مركز الزوجين، ومركز المالك. والثانية تنشأ عن تصرفات فردية، لتتلائم بصفة خاصة مع شخص أو أكثر، وتتسم بالخصوصية والتأقيت، مثال ذلك العلاقة بين أطراف عقد معين. ويؤكد على أن المراكز الشخصية أو الذاتية ليست هى الحقوق فى المفهوم التقليدى، حيث أن هذه المراكز تبقى كأثر للقانون أيضاً ولكنها لاتترتب فى الواقع إلا نتيجة لتصرفات أصحاب الشأن. ولذلك حينما لاينفذ المدين ما يسمى «بحق الدائنية» فى مواجهة الدائن فإنه بذلك يخالف القانون الذى يأمر بتنفيذ التعهدات المبرمة. فإذا قامت السلطة العامة بجبره على التنفيذ بناء على طلب الدائن فإنها لم تفعل ذلك استجابة لما للدائن من حق وإنما تقوم به طبقاً للقانون الذى منحها سلطة جبر المدين.

٢ - نظرية كلسن Kelsen لاتوجد حقوق وإنما تدرج لقواعد وضعية:

يبدأ كلسن من زاوية نظر أخرى للموضوع ليصل فى النهاية إلى فكرة قريبة من فكرة ديجى.

---

(1) Duguit, op. cit., p. 15 et s.

فالقانون لديه هو نظام قائم فى مكان وزمان معين تتدرج قواعده فيما بينها على شكل هرمى بحيث تستمد القاعدة الأدنى قوتها من القاعدة الأعلى[١]. وعلى ذلك فإن كل ما ليس قاعدة ذات جبر وإلزام يكون ما وراء القانون "métajuridique".

– وقد طبق كلسن هذه الفكرة على الفرد، والحق، ولم ينكر كلسن كلية هذا المصطلح ولكن رفض أن يعطى له خاصية المكنة أو الميزة الفردية. لأنه يرى أنه من الضابط المنشئ للجبر يتولد الإلتزام بالنسبة للفرد بأن يسلك مسلكاً غير مخالف لهذا الجبر والإلزام. وعلى ذلك فإنه يوجد الواجب أو الخضوع وليس الحق. وعلى ذلك فإن القاعدة التى تعطى للأفراد فى بعض الأحيان القدرة على وضع، بإعلان عن الإرادة، قاعدة خاصة وملموسة، كما هو الشأن بالنسبة للحالة التى يعطى فيها القانون القوة الملزمة للعقد، فإنها تفوض الأطراف للقيام بأنفسهم بتحديد القواعد الخاصة التى تحكمهم. فالأفراد يساهمون عندئذ فى خلق القاعدة، وفى هذه الحدود فقط، يمكن الكلام عن الحق. ولكن ينبغى النظر على أن هذا لايعدو أن يكون قواعد، أى، فى الحقيقة، ليس إلا نظاماً وضعياً.

وعلى ذلك فإن كلسن، شأنه فى ذلك شأن ديجى، لم يلجأ إلى فكرة مكنات الشخص. فالأساس عندهم هو الخضوع للنظام القانونى.

تقدير هذه الانتقادات:

قبل أن نعرض لصمود فكرة الحق نكتفى بأن نسجل فى هذا الصدد الملاحظات الآتية:

أولا : بادئ ذى بدء يجب أن نسجل أن هذه الانتقادات المختلفة لفكرة الحق كان لها الفضل فى الكشف عن الأوضاع المركبة الناشئة عن تطبيق قواعد القانون. كما أن هذه الانتقادات قد كشفت أيضاً عن التبسيط المخل للفكرة التقليدية للحق[٢].

---

(1) Kelsen, Aperçu d'une théorie générale de l'Etat, Rev. dr. public, 1926, p. 561 et s.

(2) J. L. Aubert, introduction au droit, et thèmes fondamentaux du droit civil, collection Armand-colin, 1984, no 178 p. 178.

ثانيا: أن النظريات التى تذهب إلى حد إنكار فكرة الحق لاتسلم أيضاً من النقد. ونكتفى هنا بتسجيل بعض الانتقادات لهذه النظريات للكشف عن قصورها وعجزها عن استيعاب حقائق الحياة القانونية.

١ - فبالنسبة لنظرية ديجى فإن نقطة الإنطلاق التى بدأ منها لم تكن تستوجب إنكار فكرة الحق من أساسها، إذ كان يكفى رفض التسليم بما تدعيه بعض المذاهب، كالمذهب الفردى، من قيام القانون على أساس الحق أو من وجود حقوق لا تستند إلى القانون لأنها سابقة عليه بتولدها عن الطبيعة الإنسانية[١].

كما أن المقدمة غير الصحيحة التى بنى عليها ديجى نظريته فى إنكار فكرة الحق، وهى علو إرادة صاحب الحق على غيرها من الإرادات، لم يقل بها أحد حتى أصحاب مذهب الإرادة أنفسهم، قد أدت إلى فساد النتائج التى انتهى إليها. لذلك نجد أنه فى الوقت الذى ينكر فيه فكرة الحق والتقابل بينها وبين القانون يقيم تقابلاً آخر بين «القانون» وبين ما يسميه المركز القانونى[٢].

٢ - أما بالنسبة لنظرة كلسن للقانون فإنها مغرقة فى التجريد والشكلية وتتجاهل حقائق الحياة الاجتماعية التى تكون جوهر القاعدة القانونية. كما أن انتقادات كلسن تقوم أيضاً على أساس فض التعارض بين فكرة الحق و «القانون» وهذه الانتقادات تستند إلى تصوير معين للحق فى ظل المذهب الفردى لا إلى فكرة الحق ذاتها. كما أن كلسن قد أكد ذلك بعدم إنكاره للحق ذاته وإنما إنكاره لمفهوم الحق باعتباره مكنة أو ميزة لفرد معين.

ثالثا: أنه مع التسليم بأن للقانون غاية اجتماعية، لكن هذا لاينفى أن المجتمع ليس إلا مجموع من الأفراد، وبالتالى لايمكن اختزال مركزهم فى مواجهة القاعدة القانونية فى مجرد تبعية[٣].

---

(١) حسن كيرة، المدخل إلى القانون، منشأة المعارف، ١٩٦٩، فقرة ٢٢٤، ص ٤٠٦، ٤٠٧.

(2) J. Ghestin, et G. Gaubeaux, Traité de droit civil, introduction générale, L.G.D.J. 1977, no 173 p. 118, no 175, p. 120.

(٣) انظر فى تفصيل أكثر حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٢٥، ص ٤٠٨.

رابعاً : يتضح مما تقدم أن فكرة الحق لايمكن إنكارها. لكن الإقرار بوجودها لايتضمن إطلاقاً الاعتراف لها بالسلطة العليا المدعاة لإرادة الأفراد. فالحقوق لا وجود لها إلا من خلال النطاق الذى يرسمه القانون لها وطبقاً للشروط التى تحددها قواعد هذا القانون[١]. وليس أدل على ذلك ما درج على دراسته تقليدياً فى نطاق القانون الخاص من تقسيم مصادر الحق إلى تصرفات قانونية ووقائع قانونية[٢].

فالقول بأنه لايوجد من الحقوق إلا ما نظمه القانون ليس فيه ما يصدم الشعور أو ما يدعو للدهشة[٣]. فقاعدة القانون لايمكن أن تنظم الحياة فى المجتمع - الذى هو غايتها - دون أن تأخذ فى الاعتبار للأفراد المكونين له، ودون الاعتراف لهم بالمكنات التى تسمح لهم بتحديد ذاتيتهم الخاصة والقيام بوظائفهم فى المجتمع الذى يعيشون فيه[٤]. وعلى ذلك يمكن القول بأنه إذا كان الحق يعطى لصاحبه ميزة أو مكنة معينة، فإن ذلك راجع إلى ما فى ذلك من منفعة اجتماعية، وبالتالى يتكون الحق، فى نفس الوقت، من ميزة ووظيفة، لاينفصلان.

الحقوق ليست إلا جانب من الواقع القانوني:

يتضح مما سبق أنه لايمكن حصر النطاق الحقيقى للقانون فى مجرد أنه نظام للحقوق. فالحقوق ليست، فى الواقع، إلا جانب خاص من إعمال القانون.

---

(1) Marty et Raynaud, Introduction générale, no. 137.

(2) J. L. Aubert, op. cit., no 178 p. 178, J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., no 175, p. 120.

(3) J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., no 175, p. 121, Mart et Raynaud, op. it., no 147; Mazeaud et De Juglart, t. I, Vol. I, Introduction, no. 240 et s.: Starck, introduction, no 365 et s; Weill, introduction générale, no 257 et s.; Carbonnier, t. I, introduction, les personnes, no 42 et s.

(4) J. L. Aubert, op. cit., no 178, p. 178.

فإلى جانب هذه الحقوق، توجد المراكز التى لايمكن تصنيفها ضمن الحقوق بالمعنى الضيق لأنها تتجاوز نطاق المزايا والمكنات الفردية لتعمل للصالح العام، كتلك التى تنشأ عن تطبيق قواعد القانون الجنائى، أو قواعد المرور، أو القواعد التى تحدد التنظيمات الإدارية فى الدولة، بل إن القانون الخاص يعرف أيضاً مراكز مماثلة، مثل القواعد المنظمة للزواج، والبنوة، أو التى تحدد الأهلية القانونية، أى القدرة على ممارسة الحقوق[١].

المطلب الثاني

صمود فكرة الحق

بالرغم من الانتقادات التى وجهت إلى فكرة الحق فإنها لم تحل دون شيوع استخدامها فى اللغة العادية اليومية. وكذلك أصبح من الصعب، ان لم يكن من المستحيل، عرض أو فهم القانون الخاص فى الوقت الحاضر دون اللجوء إلى استخدام فكرة الحق[٢].

فوجود فكرة الحق قد أصبح اليوم من الحقائق المسلمة فى فقه القانون، بل إن هذا الوجود يعبر عن حقيقة من الحقائق القانونية الجوهرية[٣].

من أهم أسباب شيوع فكرة الحق ورسوخها تأثير بعض الأحداث التاريخية الهامة. فالإعلانات الرسمية لحقوق الإنسان والمواطن كانت تعكس حركة دفاع الأفراد ضد البطش والتسلط. هذه المعركة تركت بصمات مازالت واضحة فى الضمير الإنسانى. فالحقوق كانت نتاج التيار الديموقراطى والليبرالى الذى كان يهدف فى المقام الأول إلى حماية الأفراد ضد التجاوزات الناشئة عن استبداد الدولة[٤]. ولذلك فإن القيم السياسية التى كانت تمثلها هذه الحقوق مازالت لها أهمية بالنسبة للكثيرين.

(1) J. L. Aubert, op. cit., no 179, p. 179.

(2) J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., no 170, p. 115.

(٣) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٢٥، ص ٤٠٩.

(٤) انظر:

Michaélidès-Nouaron, L'évolution récente de la notion de droit subjectif, Rev. trim. dr. civ. 1966, p. 216 et s., spéc. p. 221.

علاوة على ذلك فإن التطور الاقتصادى والاجتماعى قد سمح بظهور مخترعات تكنولوجية حديثة استلزمت زيادة الحماية المقررة للشخص. لذلك كانت الحقوق تشكل دائماً وسيلة ملائمة للأخذ فى الاعتبار من الناحية القانونية هذا الواقع الجديد. وقد تترتب على ذلك تزايد حقوق الشخص بشكل ملحوظ، فاتسع نطاق الحقوق الذهنية فظهر ما يسمى بالحق فى know how، كما ظهرت طائفة الحقوق الاجتماعية (كالحق فى الإجازة المدفوعة، والضمان الاجتماعى ... إلخ). وتطور مفهوم الحقوق اللصيقة بالشخصية، ليبرز فى هذا المجال الحق فى الخصوصية وغير ذلك الكثير من الحقوق[١]، على نحو ما سنرى فيما بعد.

كما لايمكن تجاهل العوامل النفسية والاجتماعية فى هذا الصدد. فغريزة التملك[٢]، يضاف إليها النزعة إلى التميز والترقى كانت عوامل هامة فى ترسيخ فكرة الحق. كذلك من ناحية تنظيم المجتمع، فإن الاعتراف للإنسان بحقوق يعتبر وسيلة فعالة لتنمية روح المبادرة والشعور بالمسؤولية لدى المواطنين، حيث يجدون فى ذلك نوعاً من الضمان. وهذا يجعل، فى نفس الوقت، كل أصحاب الحقوق حراساً يقظين على احترام النظام الاجتماعى الذى يستفيدون منه[٣].

---

(1) L'informatique ne droit porter atteinte ni à l'identité humaine, ni aux droits de l'homme, ni à la vie privée, ni aux libertées individuelles ou publiques (Loi no 78 - 17 du 6 Janv. 1978, art. ler, Dalloz et Bull. léges. Dalloz 1978. 77) - V. Décret no 85 - 1203 du 15 ov. (Dalloz et Act. legis - Dalloz. 1985. 581) portant publication de la convention pour la portection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel, faite à strasbourt. le 28 janv. 1981.

(٢) هذه الغريزة تبدو واضحة عند الأطفال فى سنوات العمر الأولى، بل وأيضاً عند بعض الحيوانات التى تحدد نطاق معين لها وتدافع عنه. انظر:

Carbonnier, Flexible droit, p. 115, 116.

(3) J. Ghestin, et G. Goubeaux, op. cit., no 170, p. 116.

وأخيراً من الناحية الفنية إذا دققنا النظر فيما يقول به أنصار القانون الطبيعي التقليدى من «علاقة القانون»، أو أنصار الواقعية من «مركز قانوني»، أو ما يقول به كلسن من «تطبيق فردى للقاعدة» يظهر لنا أن هناك بعض المزايا الخاصة، أو بعض السلطات للإنسان، والتى يضمنها القانون. فما يعتبر تكليفا أو واجب بالنسبة للبعض فإنه يترجم غالباً، أردنا أم لم نرد، بحقوق للآخرين. وعلى ذلك يكون من الأفضل الأخذ بمصطلح موجز ومعبر عن حقيقة الواقع، وهو مصطلح «الحق» الذى رسخ واستقر فى الفقه القانونى، خير من الالتجاء إلى مصطلحات مازالت قلقة وليست محل اتفاق.

المبحث الثاني
ماهية الحق

ما تقدم يعتبر مؤشراً واضحاً على الصعوبة البالغة في تحديد مدلول الحق ويكشف مسبقاً عن الخلاف المحتدم والمحتمل حول تعريف الحق. ولذلك سنعرض على التوالى للاتجاهات التقليدية، والاتجاهات الحديثة في تعريف الحق، ثم نحاول جاهدين استخلاص التعريف الذى نفضله.

المطلب الأول
الاتجاهات التقليدية

القاسم المشترك لهذه الاتجاهات أنها لم تعن بتحليل الحق وإبراز عناصره وخصائصه المميزة وإنما اكتفت بالتركيز على جانب من جوانبه. فهناك اتجاه نظر إلى الحق من ناحية صاحبه، هذا هو الاتجاه الشخصى أو المذهب الشخصى، وهناك اتجاه ثان نظر إلى الغاية منه، هذا هو المذهب الموضوعى. وأخيراً هناك اتجاه ثالث اتجه اتجاهاً وسطاً نظر فيه إلى الاثنين معاً، صاحب الحق والغاية منه، وهذا هو المذهب المختلط.

ولنعرض لهذه الاتجاهات حتى يمكن تقديرها من الناحية العلمية.

أولاً : الاتجاه الشخصي:

وهذا المذهب نشأ فى أحضان الفقه الألمانى فى القرن التاسع عشر فقد نادى بهذا المذهب الفقيه سافينى Savigny ولكن تولى تطويره والدفاع عنه الفقيه وينشيد Winscheid[1].

---

(١) انظر فى عرض هذا الاتجاه:

- Dabin, Le droit subjectif, 1952, p. 56 et s.
- Vo aussi M. Ferid, Cours de philosophie de droit, Cours du Doctorat Faculté de droit du Caire, 1958 - 1959, p. 35 et s.

١ - مضمونه:

ويعرف هذا المذهب الحق على أنه «قدرة أو سلطة إرادية» "un pouvoir de volonté". ولكن ينبغي أن نبادر بالقول بأن هذه القدرة أو السلطة الإرادية تستمد من القانون. فهذه القدرة أو السلطة الإرادية تنشأ فى كنف القانون. فالقواعد القانونية عند تطبيقها على علاقات الأفراد فى المجتمع وتنظيمها لنشاطهم فيه تحدد لكل شخص نطاقاً معلوماً لتسود فيه إرادته مستقلة فى ذلك عن أية إرادة أخرى. فالإرادة حرة فى استعمال أو عدم استعمال الميزة أو المكنة التى منحها القانون، والذى يترك لصاحب الحق السلطة المطلقة فى تقدير ذلك. علاوة على ذلك فإن صاحب الحق يستطيع أن يتنازل عن حقه وأن يعدله وأن ينهيه. وهذا هو الوجه الآخر للسلطة الإرادية الذى يعبر ليس فحسب عن استعمال الحق وإنما أيضاً عن التصرف فيه.

هذا المذهب يركز على خاصية هامة للحق، وهى حرية اتخاذ القرار فى استعمال الحق أو التصرف فيه، وهذا بلا أدنى شك يمثل أهمية كبرى بالنسبة لصاحبه. فعندما يقول شخص ما هذا حقى فإن هذا يعنى إمكانية الاختيار، الذى يتسع نطاقه أو يضيق بحسب الحدود التى رسمتها القواعد القانونية. فالحق يترك لصاحبه جانب من المبادرة، فهو يعمل على حرية صاحبه. وبالرغم من كل هذا فإن هذا الاتجاه تعرض لانتقادات حادة وحاسمة[١]. هذا هو موضوع الفقرة التالية.

٢ - انتقاده:

يمكن أن نلخص أهم الانتقادات التى وجهت إلى هذه النظرية فيما يلى:

أولا : إن ربط وجود الحق بالإرادة يكشف عن قصور واضح لهذا التعريف، حيث إنه سيؤدى إلى حرمان تام لبعض الأشخاص من كل حق،

---

(١) انظر :

Dabin, op. cit., p. 59 et s.

خاصة الأشخاص الذين تنعدم لديهم الإرادة كالصبى غير المميز والمجنون[1].

ثانياً : جعل الإرادة مناط الحق يحول دون استيعاب حالات كثيرة يثبت فيها الحق لصاحبه رغم عدم علمه ودون تدخل من إرادته. مثل ذلك حالة الغائب، والموصى له الذى ينشأ حقه بوفاة الموصى رغم عدم علمه بذلك، بل قد يجهل قيام الوصية نفسها، والوارث الذى تثبت له الحقوق رغم عدم علمه بوفاة مورثه، ودون حاجة لتدخل إرادته. كما أن هذا التعريف يعجز عن تفسير ما يثبت للأشخاص المعنوية من حقوق بالرغم من عدم توافر إرادة حقيقية لها.

ثالثاً: وهذا الانتقاد الحاسم يلخص كل الانتقادات ويفسرها. وهو أن هذا التعريف يخلط بين الحق واستعماله "Confusion entre le droit lui-même et son exercice"، أو بين وجود الحق وبين مباشرته فالحق يوجد دون أن يتوقف وجوده على قدرة إرادية لدى صاحبه، ولكن مباشرة هذا الحق أو استعماله يستلزم - فى الغالب - وجود هذه الإرادة. فوجود الإرادة لايكون حينئذ شرطاً لقيام الحق ولكن قد يكون شرطاً لمجرد مباشرته. بل ومما تجدر ملاحظته أن الإرادة لاتلزم حتى لاستعمال الحق فى بعض الأحيان، فعديم الأهلية مثلاً، يستعمل حق ملكيته حين يسكن منزله أو يركب سيارته بالرغم من عدم وجود إرادة لديه[2].

وبذلك يتبين لنا أن هذا التعريف لاينصب على جوهر الحق ولكنه ينصب على أمر خارج عنه ولا حق لوجوده، وهو مباشر الحق وبالتالى لايعتمد عليه كتعريف للحق[3].

---

(١) انظر فى محاولة تجاوز هذا الاعتراض ومناقشته:

Dabin, op. cit., p. 60 et s.

(٢) انظر :

Dabin, op. cit., p. 63.

(٣) انظر فى دراسة تفصيلية لهذه الانتقادات والرد عليها جلال العدوى، المراكز القانونية، ص ٢٢ ومابعدها.

ثانياً: الاتجاه الموضوعي:

في مواجهة نظرية الإرادة، قام الفقيه الألماني إهرنج بعرض نظرية المصلحة[1].

١ - مضمونه:

فبالنسبة لهذا الفقيه أن الحق ليس إلا «مصلحة يحميها القانون». وهو بذلك أهمل كلية الإرادة في تعريف الحق وركز على موضوع الحق والغاية منه. فالغاية العملية من أي حق هي الفائدة أو المنفعة التي تعود على صاحبه، سواء كانت منفعة مادية أو معنوية، بالإضافة إلى الوسيلة التي تؤمن هذه المنفعة، أي الحماية القانونية، أي الدعوى. فمجموع هذين العنصرين يمثل الحق. فالإرادة عندما تتدخل لايكون لها إلا دور ثانوي، لايظهر إلا عند استعمال الحق. لكن الاستفادة أو إمكانية الاستفادة التي يضمنها القانون هي التي تشكل روح الحق.

ويعتبر تعريف إهرنج للحق من أشهر التعريفات التي لاقت، ومازالت تلاقي، قبولاً في الأوساط القانونية. وهذا يرجع أولاً لإيجازه وبساطته. كما أنه يلمس الحقيقة، أو على الأقل جانب كبير منها. فكيف ننكر أن أصحاب الحقوق لاينظرون إلى حقوقهم إلا على أساس ما تعطيهم من منفعة أو فائدة ؟!. فالمصلحة بالنسبة لصاحب الحق هي المحرك لنشاطه، وهي التي تعتبر إحدى المبررات الاجتماعية للحقوق. ومع كل ذلك فإن هذه النظرية لم تسلم أيضاً من النقد[2]. وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

٢ - انتقاده:

أولاً: إن هذا التعريف يعتبر المصلحة هي معيار وجود الحق بينما هي

---

(١) انظر في عرض هذا الاتجاه:

Dabin, op. cit., p. 65 et s.

(٢) انظر :

Dabin, op. cit., p. 68 et s.

ليست كذلك دائماً. فإن كان صحيحاً أن الحق يكون مصلحة فإن العكس غير صحيح إذ أن ليست كل مصلحة تعتبر حقاً [١]. كما أنه من الناحية المنطقية نجد أن المصلحة، فى حد ذاتها، ليست إلا مجرد واقعة. لكى تصبح حقاً، يجب أن تكفل لها الحماية. هذا التركيب غير مقنع، فكيف نفسر أن تدخل الحماية، وهو ليس إلا مجرد وسيلة، يمكن أن يكون له هذا الأثر من حيث هذا التغيير الجوهرى: تحول المصلحة، من مجرد واقعة، إلى حق؟!! [٢].

ثانياً : فى منطق إهرنج المصلحة لاتكون حقاً إلا لأنها محمية. بينما العكس هو الصحيح فالمصلحة محمية لأنه معترف بها كحق يستأهل هذه الحماية [٣]. فوسيلة حماية الحق تكون تالية لنشوء الحق ولايمكن اعتبارها شرطاً أو عنصراً لوجوده وإنما هى أثر لهذا الوجود. فليس صحيحاً أن الحق لايعتبر حقاً إلا لأن القانون يحميه بدعوى، ولكن الصحيح أن القانون يحميه بدعوى لأنه حق [٤].

ثالثاً : هذا الاتجاه يعجز عن تقديم تعريف دقيق للحق يبين مقوماته الجوهرية وخصائصه الذاتية، لأنه يعتمد فى تعريفه على أشياء خارجية عن كيانه الذاتى، كالمصلحة وهى الغرض منه والدعوى وهى وسيلة حمايته. وعلى ذلك فإهرنج يدور حول فكرة الحق دون أن يصل إلى جوهرها. فهذه النظرية تحدد الهدف، أو بالأحرى أحد أهداف الحق، وهو إشباع مصلحة معينة، ثم تبين كيف يمكن، عن طريق حماية الدولة، بلوغ هذا الهدف. فالفكرة ذاتها مازالت غامضة مما دعى البعض إلى التدخل للجمع بين النظريتين السابقتين، وهذا هو المذهب المختلط وهو ما نراه فى الفقرة التالية.

---

(١) انظر فى تفصيل أكثر حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٢٨ ، ص ٤١٤ .

(2) Dabin, op. cit., p. 69.

(3) Dabin, ibid.

(٤) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٢٨، ص ٤١٤ .

ثالثاً: الاتجاه المختلط:

وهذا الاتجاه يجمع فى تعريف الحق بين عنصرى الإرادة والمصلحة. وقد التف حول هذا التعريف العديد من الفقهاء لكن أنصاره مختلفون فيما بينهم من حيث تغليب أحد العنصرين وتقديمه على الآخر[١].

فبعضهم يغلب دور الإرادة على دور المصلحة، فيعرف الحق بأنه «قدرة أو سلطة إرادية، يعترف بها القانون ويحميها، لشخص من الأشخاص، فى سبيل تحقيق مصلحة معينة». فالحق يقوم بصفة جوهرية على الإرادة التى تحركها وتحكمها المصلحة. فالمصلحة ليست هى جوهر الحق وإن كانت هى أساس الحماية القانونية، أما الإرادة فهى الوسيلة التى يخولها القانون فى سبيل تحقيق هذه المصلحة[٢].

بينما غلب البعض الآخر دور المصلحة على دور الإرادة فعرف الحق بأنه «مصلحة شخص أو مجموعة من الأشخاص يحميها القانون عن طريق القدرة المعترف بها للإرادة لتمثيلها والدفاع عنها»[٣]. وعلى ذلك فإن الحق لم يقتصر على عنصر المصلحة، وإنما أضيف إليها الإرادة التى تمثل هذه المصلحة وتتولى الدفاع عنها. لكن يجب أن يلاحظ أن الإرادة وإن أصبحت عنصراً فى الحق إلا أنها لا تعد عنصراً جوهرياً فيه وإنما يبقى جوهر الحق المصلحة.

---

(١) انظر فى عرض هذا الاتجاه:

Dabin, op. cit., p. 72 et s.

(٢) انظر:

Dabin, op. cit., p. 75.

(٣) انظر فى ذلك:

Michoud, La théorie de la personalité morale, 2e éd. t., I, 1924, p. 103.

حيث يقول:

"Le droit est l'intérêt d'un homme ou d'un groupe d'hommes juridiquement protégé au moyen de la puissance reconnue à une volonté de la représenter et de la défendre".

ويتضح لنا من التعريف الذى يقول به أنصار المذهب المختلط أنه يتراوح بين الإرادة، والمصلحة ولهذا يمكن أن يوجه إليه ذات الانتقادات التى وجهت إلى الاتجاهين السابقين وأهمها أنه لم يعرف الحق ذاته ويبين جوهره، فالحق ليس الإرادة كما أنه ليس المصلحة وبالقطع ليس هذا أو ذاك معاً. ولذلك ظهرت اتجاهات فقهية حديثة حاولت أن تكشف عن جوهر الحق وخصائصه الذاتية المميزة له. هذا هو موضوع الفقرة التالية.

المطلب الثاني

الاتجاهات الحديثة

على ضوء الانتقادات السابقة اتجه الفقه الحديث إلى محاولة التعريف بالحق على أساس الكشف عن جوهره وبيان خصائصه الذاتية المميزة له. وسوف نقتصر هنا على عرض أهم هذه الاتجاهات:

أولاً: نظرية دابان[١] Dabin:

بالنسبة لهذا الفقيه الحق يشمل أساً الاستئثار والتسلط - appartenance maîtrise. وأن هذا الاستئثار هو الذى يسبب ويحدد التسلط[٢].

- الاستئثار: فالاستئثار هو الذى يميز الحق. فى الواقع يمكن القول، بأن الحق ينشئ علاقة بين صاحب الحق ومحله (مثال ذلك الشئ محل الملكية). فهذه العلاقة تمثل الاستئثار. بمعنى أن الحق هو ما يختص به صاحبه، أى ماله[٣]. فالحق ليس المصلحة، كما يقول إهرنج، حتى ولو كان القانون يحميها، وإنما هو الاستئثار بالمصلحة، أو بمعنى أدق استئثار بشئ يمس الشخص ويهمه، ليس بصفته مستفيداً أو له أن يستفيد، لكن بصفة أن هذا الشئ يخصه وحده[٤].

---

(١) انظر بصفة أساسية:

Jean Dabin, Le droit subjectif, 1952.

(٢) وانظر عرض مفصل لهذه النظرية توفيق حسن فرج، المدخل للعلوم القانونية، الدار الجامعية، ١٩٨٨، فقرة ٢٧٦ ص ٤٥٥ ومابعدها.

Dabin, loc. cit., p. 80.

(3) Ibid., p. 81.

(4) Ibid., p. 82.

وينبغي ألا يكون للشئ موضوع هذا الاستئثار مفهوماً ضيقاً. فالاستئثار لايرد فقط على الأموال المادية، وإنما يشمل أيضاً الأموال والقيم اللصيقة بالشخص، الطبيعي أو المعنوي، صاحب الحق، كحياته وسلامة بدنه وحرياته[1]. كما يمتد كذلك إلى الأشياء المادية أو غير المادية التي تصير خارجة عن الشخص، ولكنها كانت من إنتاجه[2]، وأيضاً إلى الإداءات، أياً كانت، والمستحقة لشخص آخر، وحتى الواجبات والوظائف.

– التسلط: وهو النتيجة الطبيعية للاستئثار. ويقصد به سلطة صاحب الحق على ماله. بمعنى أدق ،السلطة في التصرف الحر في الشئ محل الحق،[3]. فالتسلط لايختلط إذن باستعمال الحق، فاستعمال الحق يتضمن سلطة إيجابية تترجم في مجرد دور للإرادة، أما سلطة التصرف فهي رخصة في التصرف في الشئ محل الحق من جانب صاحبه بصفته سيداً عليه[4]. على ذلك فسلطة التصرف ليست فقط حرية التصرف وإنما أيضاً حرية الاختيار، بين العمل والامتناع المحض. وهكذا يكون الاختيار بين أشكال متنوعة من العمل، وقد يصل الأمر إلى التصرف في الشئ أو في الحق الذي يتضمنه[5]. كل هذا مشروط بمراعاة الحدود التي رسمها القانون، وبصفة خاصة طبيعة الشئ الخاضع له. ولذلك نجد أن التصرف في الأشياء المادية يكون تصرفاً تاماً بينما يكون في الحقوق اللصيقة بالشخصية تصرفاً نسبياً[6].

لكن من المهم أن نشير إلى أن التسلط لايستلزم القيام فعلاً بأعمال التصرف. وعلى ذلك إذا حال حائل، أياً كان، دون الإمكانية المادية للتصرف فإنه التسلط يبقى مع ذلك طالما بقيت الإمكانية المعنوية للتصرف[7].

---

(1) Dabin, op. cit., p. 83.

(٢) كما هو الشأن بالنسبة لحق المؤلف:

Ibid., p. 83.

(3) Ibid., p. 89.

(4) Ibid., p. 90.

(5) ibid., p. 91.

(6) Ibid., p. 91.

(7) Ibid., p. 92.

– فإذا كان الاستئثار والتسلط يميزان الحق بالنظر إلى صاحبه فإنه يجب تكملة التعريف بالنظر إلى الحق من زاوية الغير. هذا هو شرط الغيرية La Condition d'altérité[١]، فالحق لايوجد إلا بالنظر إلى الأشخاص الآخرين.

على ذلك فإنه يجب أن يضاف إلى علاقة الاستئثار التى لصاحب الحق على محله، علاقة أخرى، هى علاقة صاحب الحق بالغير[٢]. فنطاق الاستئثار والتسلط يعتبر نطاقاً قاصراً على صاحب الحق فيجب أن يضاف إليه الاحتجاج بالحق على الغير[٣]. هذا الاحتجاج على الغير يترجم فى الواقع بفكرتين أساسيتين: عدم الاعتداء inviolabilité والاقتضاء exigibilité. فعدم الاعتداء على الحق يفرض على الغير، كما أن صاحب الحق يستطيع أن يقتضى احترام حقه.

– أخيراً عنصر الحماية : إذ به يتم التحليل[٤]. فمن وجهة نظر الأخلاق، يكفى فى تكوين الحق الاستئثار والتسلط وما ينتج عنهما من احتجاج. لكن على نطاق القانون الوضعى، يجب أن يتدخل الضمان الذى تعطيه الدولة. والدعوى هى الطريق الذى رسمه القانون لتحقيق هذه الحماية. فبدون الدعوى فإن هذه الحقوق ستكون غير فعالة وناقصة. هذه الحماية ليست إلا نتيجه ضرورية، فكل حق حقيقى يكون مزود بدعوى.

غير أنه إذا كانت الحماية لازمة للحق إلا أنها لاتختلط به، أى أن الحق لايختلط بالدعوى. فالحماية وإن كانت تتبع الحق إلا أنها تخول حقاً جديداً متميزاً عن الحق المحمى، وهو الحق فى الدعوى. والأصل أن صاحب الحق فى الدعوى هو نفسه صاحب الحق المحمى.

ويلاحظ أن محل الحق يختلف عن محل الدعوى المقررة لحمايته. فمحل الدعوى هو دائماً التوصل إلى الحماية، ولذلك فإن تحريك وسيلة الحماية يستوجب وجود مصلحة لذلك، إذ لا دعوى بدون مصلحة. وعليه

---

(1) Dabin, op. cit., p. 934.
(2) Ibid., p. 94.
(3) Ibid., p. 95.
(4) Ibid., p. 97.

فإن التنازل عن الدعوى، أى عن تحريك طرق الحماية، لايستلزم بالضرورة تنازل عن الحق ذاته، فهذا الحق يظل محتفظاً بخاصيته من حيث احترامه واقتضائه.

تقدير نظرية دابان [1]:

نتكفى ها بإبداء بعض الملاحظات على هذه النظرية، ثم نردف ذلك بعرض بعض الانتقادات.

- بعض الملاحظات:

نسجل هنا فقط ملاحظتين على هذه النظرية:

أولاً : أنه مما لاشك فيه أن فكرة الاستئثار والتسلط التى تشكل حجر الزاوية فى هذه النظرية تمثل حقيقة لها صداها فى اللغة الجارية والمألوفة.

ثانياً : أن لهذه النظرية الفضل فى إبراز أهمية عنصر «الغيرية»، فالحق لايوجد إلا فى العلاقة بالغير، فهو استبعاد للآخرين [2].

- بعض الانتقادات:

سنعرض هنا لبعض الانتقادات التى وجهت إلى هذه النظرية:

أولاً: إذا كان تعريف الحق كاستئثار وتسلط يتفق تماماً مع الملكية إلا أنه يحتاج لبعض المجهود ليتلائم مع بعض الحقوق. وبصفة خاصة عنصر التسلط باعتباره سلطة التصرف الحر فى الشئ محل الحق، حيث يصعب تصور ذلك عندما يمنع القانون أى نوع من أنواع التصرف، كما هو الشأن بالنسبة للحقوق اللصيقة بالشخص، كالحق فى الحياة، أو الحريات.

ثانياً : إن فكرة الاستئثار والتسلط كما عرضها دابان تؤدى فى الواقع إلى فكرة موسعة للحق. ويبدو أن هذا هو السبب فى الصعوبات التى واجهت تطبيق هذه النظرية [3].

---

(١) انظر دراسة تحليلية نقدية لهذه النظرية جلال العدوى، المراكز القانونية، فقرة ٦٤، ص ٣٨.

(٢) انظر :

J. Ghestin et G. Goubeaux no 182, p. 128.

(٣) انظر :

J. Ghestin et G. Goubeaux no 182, p. 128.

ثانياً: نظرية روبييه[1] Roubier:

(١) دوافعه وأهدافه:

فقد اقترح تحديد نطاق الحق على نحو ضيق، ليحفظ للفكرة تجانسها ودقتها. فإذا كان هناك غموض يحيط بلفظ «الحق» فإن ذلك راجع إلى استخدام هذا اللفظ على نحو واسع جداً، وبمعاني مختلفة[2]. ولذلك يجب إعادة النظام إلى الأفكار وتبني لغة فنية محددة.

(٢) نقطة البداية عنده:

في وجهة نظره أن الإصرار الشديد على اصطلاح «الحقوق» أدى إلى تكوين نظرة جزئية جداً للواقع القانوني. كيف ذلك ؟! نجد أن القانون قد كفل الحماية أيضاً لقيم قدر أن لها أهمية مع أنها تفرض واجبات معينة. ومن ناحية أخرى فإنه غالباً لا توجد ميزة خالصة تماماً، ولا واجب لا يقابله أي ميزة. **فالحقوق والواجبات تتقاطع في المركز القانونية**. لذلك فهو يأخذ كأساس **هذا المركب من الحقوق والواجبات**[3]، حيث أنه يتلائم أكثر مع تطبيق القواعد الوضعية على الأفراد.

(٣) أنواع المراكز القانونية:

وفي هذا الصدد يرى أن هناك تفرقة أساسية تفرض نفسها بين طائفتين من المراكز القانونية: في الطائفة الأولى يحتل عنصر الميزة أو المكنة المرتبة الأولى بالنسبة لصاحب المركز، هذه هي المراكز الذاتية أو الشخصية. وهذه المراكز تهدف بصفة أساسية إلى إنشاء الحقوق بدلاً من الواجبات. في الطائفة الثانية نجد أن عنصر الواجب، أو التكليف، هو الغالب، هذه المراكز الموضوعية. هذه المراكز تهدف إلى إنشاء الواجبات بدلاً من الحقوق[4].

---

(١) انظر:

P. Roubier, Les prérogatives juridiques, Arch. Philo. du dr. 1960, p. 65. et s.

Droits subjectifs et Situations juridiques, 1963.

(2) P. Roubier, Droits subjectifs. loc. cit., no 6 p. 47 et s; no 18, p. 127 et s.

(3) P. Roubier, op. cit., p. 53, 54.

(4) Ibid.

(٤) الفرق بين روبييه وديجي:

هذه النظرية تذكرنا بنظرية ديجى، لكن هذه النظرية ليس لها نفس المنطلق، فالأمر لايتعلق هنا بإنكار وجود المكنات أو الميزات الفردية وإنما يتعلق فقط بوضعها فى مكانها الصحيح. وعلى ذلك فإن الوقوف عند هذا الجانب الجزئى للمراكز القانونية، التى تتكون من مجرد مزايا تخولها القواعد القانونية، يؤدى إلى عدم إمكان تسمية ذلك «بالحقوق».

فالحقوق، بالنسبة له، يجب ألا تشمل كل الحالات التى يكون للشخص فيها سند أو مبرر أمام المحاكم وإنما تقتصر فقط على الفروض التى يوجد فيها مكنة أو ميزة محددة أو مخصصة أى تكون مالاً معيناً. لذلك فإن الأمر يتعلق إذن بالمكنة التى تكون قابلة من حيث المبدأ للانتقال الذى يتضمن بطبيعة الحال إمكانية النزول عنها من جانب صاحبها. ولذلك فإن هذه المكنات أو المزايا مكفول حمايتها عن طريق الدعوى(١). وعلى هذا الأساس توجد ميزة يستطيع المستفيد أن يقتضيها.

خلاصة القول، أن الأمر يتعلق بالميزة التى تكون مالاً معيناً يستطيع صاحبه أن يتصرف فيه. ويقصد بكلمة تصرف هنا «التصرف بالمعنى القانونى»، أى الإمكانية فى التصرف والنزول عن المال(٢). ولذلك فإنه فى كل مرة تجتمع هذه الصفات تكون هناك حماية عن طريق الدعوى. هذه هى العناصر الحقيقية للحقوق «الحاجزة أو المانعة» privatifs. مثل حق الملكية، وحق الدائنية، وحق المؤلف. وهذا لاينصرف بطبيعة الحال إلى الحقوق المزعومة، كالحق فى الحياة، وسلامة البدن، أو فى الحريات(٣). فى الواقع هذه الحقوق المزعومة تمثل قيم معينة لايمكن النزول عنها، فى الوقت الذى تمثل فيه رخصة النزول خاصية ملازمة للحق(٤). فكيف نطلق عليها

---

(1) P. Roubier, op. cit., p. 38.
(2) Ibid., p. 128, 129.
(3) Ibid., p. 49 et s.
(4) Ibid., p. 118 et s.

إذن كلمة «حق». هذا لايعنى على الإطلاق أن الفرد لايستطيع أن يستفيد من الناحية القانونية إلا من المزايا التى تستجيب لمقتضيات الحق. لكن هناك آليات أخرى، وأفكار أخرى تدخل فى حيز التطبيق وتسمح بذلك.

تقدير نظرية روبييه Roubier [١]:

البناء الفكرى الواسع والغنى الذى قدمه هذا الفقيه يصعب مناقشته هنا فى مجموعه[٢].

وعلى ذلك سنكتفى هنا بأن نسجل بعض الملاحظات على هذه النظرية، ثم نبدى بعد ذلك بعض الانتقادات التى أخذت عليها.

- بعض الملاحظات:

يمكن أن نسجل فى هذا الصدد الملاحظات الآتية:

أولاً : هذه النظرية كان لها الفضل فى إظهار النظرة الجزئية التى تجمع كل المراكز القانونية التى يوجد فيها الشخص فى مجرد مجموعة من الحقوق. فهذه النظرة تقصر عن استيعاب المراكز القانونية التى تنشأ عن تطبيق قواعد القانون الجنائى، وكذلك عن بعض الحالات فى القانون المدنى، كحالة الأشخاص، أو نظام الأسرة. فكل هذه مراكز يصعب اختزالها فى مجرد مجموعة من الحقوق.

ثانياً : هذه النظرية كان لها الفضل فى الكشف عن وجود واجبات إلى جانب الحقوق. فهذه النظرية كرست جزء كبير لدراسة التكاليف، مما يعد مساهمة كبيرة، لأنها بذلك تعيد التوازن إلى النظام القانونى.

ثالثا : هذه النظرية كشفت عدم التحديد من الناحية اللغوية الناشئ عن الاستعمال الموسع لكلمة «حق».

---

(١) انظر فى ذلك :

J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., no 184, p. 130.

(٢) انظر فى الفقه العربى العرض المستفيض، واعتناق هذه النظرية، جلال العدوى، المراكز القانونية السابق الاشارة إليه.

بعد كل ذلك يبقى تساؤل هام، هل إعادة النظام إلى الأفكار، الذى سعى إليه هذا الفقيه، فى هذا المجال يحمل على الاقتناع التام ويحسم بذلك مشكلة تعريف الحق؟!!! هذا ما يجرنا إلى الحديث عن أهم الانتقادات التى وجهت لهذه النظرية[١]. وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

- بعض الانتقادات:

تعريف الحق طبقاً لنظرية روبييه يستوجب النقد من ناحيتين:

أولا : هذه النظرية تناقض ما جرى عليه العمل. فإذا كان هناك حرية، من حيث المبدأ، فى استعمال المصطلحات، إلا أن هذا مقيد بعدم الاصطدام مع الاستعمال المستقر والراسخ للفكرة. فالأفكار الدقيقة التى قال بها هذا الفقيه تتعارض تماماً مع اللغة المألوفة والمستقرة فى الحياة العملية. فإذا نظرنا إلى القضاء والتشريع نفسه نجد أنهما قد طورا طائفة من الحقوق يطلق عليها «حقوق الشخصية» "droit de la personnalité" (الأشخاص والأسرة). هذه الحقوق تنصب على الشخص ذاته صاحب الحق. وإذا كان بنيان هذه الطائفة من الحقوق لم يكتمل تماماً حتى الآن، إلا أنه من الصعب أن ننكر اليوم أن الأمر لايتعلق بالحقوق بالمعنى الحقيقى للكلمة. فإذا أمعنا النظر سنجد أن هذا المصطلح قد أخذ فعلاً بمعناه الفنى وليس كمجرد تعبير سهل أو موجز. ولذلك فإن أى تعريف يتجاهل أو يستبعد هذه الحقوق يكون منقطع الصلة بالواقع القانونى الحالى. كما سنرى فيما بعد.

ثانيا : كما لنا أن نتساءل فيما إذا كانت المعايير التى تم الالتجاء إليها لاستخلاص فكرة دقيقة وصارمة للحق التزمت تماماً بما هو أساسى[٢]. فقد

---

(١) انظر فى الانتقادات الرئيسية لهذه النظرية:

J. Dabin, Droit subjectif et prérogatives juridiques, examen des thèses de M. Paul Roubier, Mémoire de l'Académié royale de Belgique, t. 54, fax. 3, 1960 cité par J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., no 184, p. 130 note 36.

(2) Dabin, Mémoire précité, p. 63.

كتب أحد خصوم هذه النظرية أن «الجهد المبذول من جانب روبييه لتحديد نطاق الحق قد وقع فى خلط بين الحق ومحله: فمن الاختلاف بين مجال المكنات قد استخلص الفارق بين هذه المكنات ذاتها»[1]. فإذا كان يبدو مفهوماً الانشغال بالدقة التى تؤدى إلى تعريف محدد لكلمة «الحق» إلا أنه لايبدو أن الصفات المستخلصة يمكن أن تفرض نفسها بقوة ووضوح. بلا شك يمكن أن نتفق حول تحديد استخدام كلمة «الحق» فى الفروض التى قال بها روبييه، إلا أننا ليس على يقين من أن هذه الفكرة يمكن أن يفرضها المنطق أو طبيعة الأشياء[2].

المطلب الثالث

التعريف المختار للحق

على ضوء ما تقدم فإنه يتضح مدى صعوبة وضع تعريف للحق يأخذ فى الاعتبار الجوانب المختلفة لهذا المصطلح[3]. ولذلك سنحاول جاهدين أن نضع تعريف يستجيب على الأقل لمفهوم الحق فى القانون المدني، مع الأخذ فى الاعتبار أنه يوجد إلى جانب الحق بهذا المفهوم مراكز قانونية أخرى.

وإذا كان لنظرية دابان فى تعريف الحق أثر كبير فى الفقه الحديث، لما فيها من مزايا على النحو السابق بيانه، لذلك فإن التعريف الذى نقترحه يقع فى نفس هذا الإطار.

وعلى ضوء تعريف دابان والتعريفات الأخرى الواردة فى الفقه الحديث، نجد أن الحق يتحلل إلى عناصر جوهرية يتكون منها وهى : (١) الاستئثار

---

(1) Ibid., p. 66.

(2) J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., no 184, p. 131.

(٣) قارن :

Maspétial, Ambiguité du droit subjectif, méthaphysique technique, juridique ou sociologie, Arch. philo. du dr. 1964, p. 71 et s.

والتسلط، (٢) واحترام الكافة لاستئثار صاحب الحق وتسلطه، (٣) وإمكانية المطالبة باحترام هذا الحق.

لذلك نقترح تعريف الحق بأنه «الاستئثار الذى يقره القانون لشخص من الأشخاص، ويكون له بمقتضاه إما التسلط على شئ معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر».

هذا التعريف يتميز بأنه يلقى الضوء على جوهر الحق، وهو الاستئثار. كما أن هذا الاستئثار يقره القانون، وبالتالى تظهر العلاقة الوثيقة بين الحق والقانون، فلا يوجد حق إلا إذا كان القانون فى سنده، يعترف به ويقره، وهو ما يميز الاستئثار المشروع لصاحب الحق عن الاستئثار غير المشروع، كاستئثار السارق أو المغتصب.

كما أن هذا الاستئثار قد يكون بقيمة مادية أو معنوية. واستئثار صاحب الحق بقيمة معنوية معينة لايحول دون استئثار أقرانه بمثلها. هذا الاستئثار قد يتجسد فى الواقع فى صورة تسلط على شئ كما هو الحال بالنسبة لحق الملكية أو فى صورة اقتضاء أداء معين وذلك كما هو الحال بالنسبة لحق الدائنية.

فكرة الاستئثار الذى يقره القانون والتسلط والاقتضاء توضح بذاتها علاقة صاحب الحق بالغير وضرورة احترام الكافة لهذا الحق. ولذلك لم يذكر هذا التعريف فى صلبه وسيلة حماية الحق، وهى الدعوى. وذلك لأن وسيلة الحماية ليست عنصراً من عناصر الحق الجوهرية فهى تكون تالية لنشوئه ولاحقة لوجوده. فالدعوى فى واقع الأمر لا تعدو أن تكون أثر من آثار وجود الحق واستناده إلى القانون.

الفصل الثاني

أنـواع الحقـوق



تمهيد

يجرى الفقه عند الكلام عن أنواع الحقوق على تقسيم هذه الحقوق تقسيمات عدة تتعدد بتعدد زوايا النظر إليها. وليس كل هذه التقسيمات بذات أهمية متساوية، كما أن معظم هذه التقسيمات متداخل[1].

غير أن التقسيم التقليدى الذى جرى عليه أغلب الفقهاء واتبعته أكثر التقنينات، هو تقسيم الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية. ويقوم هذا التقسيم على مدى توافر أو تخلف القيمة المالية فى الحق وما يستتبعه من آثار مختلفة، أهمها دخول الحقوق المالية وحدها فى الذمة المالية مكونة جانبها الإيجابى، وقابليتها بالتالى، على خلاف الحقوق غير المالية، للتصرف والحجز والتقادم والإرث.

ومع تسليمنا بأن هذا التقسيم غير قاطع وأن هناك حقوق على الحدود بين الطائفتين[2]. كما أن هذا التقسيم غير مؤكد وبالتالى هناك إمكانية للتداخل بين الطائفتين من الحقوق إلا أننا مع ذلك نفضل هذا التقسيم لاعتبارات تتعلق ببساطته وسهولة عرض طوائف الحقوق المختلفة من خلاله للطلبة المبتدئين.

وعلى ذلك سوف ندرس على التوالى الحقوق[3] غير المالية ثم بعد ذلك الحقوق المالية وفى النهاية ندرس الحقوق المختلطة وهى ما تسمى بالحقوق الذهنية أو بحق المؤلف أو بحقوق الملكية الفكرية بصفة عامة.

---

(١) انظر فى هذه التقسيمات:

J. Ghestin et G. goubeaux, op. cit., no 204, p. 152 et s., no 209, p. 157 et s.; no 223, p. 172 et s.

حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٣١ ، ص ٤٢٤ ومابعدها.

(2) Ibid., no. 207, p. 155 et s.

(3) Ibid., no 208, p. 156 et 157; Pour une critique, Voir F. Hage-Chahine, Essai d'une nouvelle classification des droits privés, Rev. trim. dr. civ. 1982, 705.

المبحث الأول
الحقوق غير المالية

وندرس فى هذا المجال الحقوق السياسية، والحقوق اللصيقة بالشخصية، وحقوق الأسرة.

المطلب الأول
الحقوق السياسية
Droits Politiques

ولدراسة هذه الحقوق يجب أن نتعرف عليها ونقف على الغاية منها، ثم بعد ذلك نعرض لخصائصها.

أولاً: تعريفها والغاية منها:

يقصد بالحقوق السياسية تلك الحقوق التى تمنح للشخص باعتباره عضواً فى جماعة سياسية لتمكنه من الاشتراك فى حكم هذه الجماعة.

فهذه الحقوق مقررة لتحقيق غاية معينة، هى السماح للأفراد فى المشاركة فى حكم الجماعة التى ينتمون إليها. وأهم هذه الحقوق: حق الانتخاب، وهو الحق الثابت للفرد فى اختيار من يمثله فى السلطات المختلفة. وحق الترشيح، وهو الحق المقرر للفرد ليتقدم إلى هيئة الناخبين لاختياره نائباً عنهم فى السلطة التشريعية، أو السلطات المحلية. وأخيراً حق تولى الوظائف العامة، وهو حق الفرد فى أن يكون مكلفاً بالقيام بأعباء الوظيفة العامة فى الدولة.

ثانياً: خصائص هذه الحقوق:

تتميز هذه الحقوق بما يلى:

١ - أن هذه الحقوق ليس لها طابعاً مالياً، وبالتالى لايجوز التنازل عنها أو التصرف فيها أو اكتسابها بالتقادم أو انتقالها بالميراث.

٢ - هذه الحقوق، نظراً للغاية التى تقررت من أجلها، تخص الوطنيين دون الأجانب. لكن القانون قد يجيز على سبيل الاستثناء وفى بعض الحالات توظيف الأجانب. وفى هذه الحالة ينظم القانون هذه الحالات والشروط الواجب توافرها وذلك حماية للوطنيين. كما أنه نتيجة للمد الديموقراطى

قد سمح في بعض الدول، كفرنسا مثلاً، للأجانب الاشتراك في بعض الانتخابات[١].

٣ - لاتعتبر هذه الحقوق ميزات أو مصالح للمواطنين بل إنها وظائف سياسية، أى ينظر إليها على أنها تكاليف وليست حقوقاً.

والقانون الدستورى هو الذى يعنى بتنظيم هذه الحقوق ولذلك فإن دراستها بالتفصيل تدخل فى نطاق هذا القانون.

المطلب الثاني

الحقوق اللصيقة بالشخصية

(Droit de la personnalité)

هذه الحقوق تتسم بطابع فريد بأن ليس لها محل خارج صاحب الحق نفسه. فهذه الحقوق تنصب على مقومات وعناصر الشخصية ذاتها فى مظاهرها المختلفة. وهذه الحقوق تثبت للشخص لكونه إنساناً. ولذلك فإن هذه الحقوق يتمتع بها المواطنين والأجانب على حد سواء.

ونظراً لارتباط هذه الحقوق ارتباطاً وثيقاً بمقومات وعناصر الشخصية فسميت لذلك بالحقوق اللصيقة بالشخصية أو حقوق الشخصية. فهذه الحقوق تقررت للمحافظة على كيان الإنسان المادى والمعنوى، فبدونها لايكون الإنسان آمناً على حياته وحريته ونشاطه[٢].

وظهور هذه الحقوق يعتبر حديثاً نسبياً [٣]. ولذلك فإن هذه الطائفة من الحقوق مازالت إلى الآن محل خلاف: فهل تؤخذ بمفهومها الواسع جداً بحيث تشمل كل الحريات؟[٤] أم يجب ،حصرها فى نطاق الحقوق التى

---

(١) انظر ما كان يقضى به القانون الخاص بإنشاء مجلس بلدى مدينة الإسكندرية من إشراك الأجانب المقيمين فى هذه المدينة فى انتخابات وعضوية هذا المجلس (الأمر العالى الصادر فى ٥ يناير ١٨٩٥ بإنشاء مجلس بلدى مدينة الإسكندرية) مشار إليه فى توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٢٨٩ ص ٤٧٦ هامش ١.

(٢) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٢٩١ ص ٤٧٧ ؛ حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٣٢ ص ٤٢٨.

(3) Dabin, op. cit., p. 179, 171.

(4) E. H. Perreau, les droits de la personnalité, Rev. trim. du dr. civ. 1909, p. 501 et s.

تهدف إلى ضمان ازدهار الشخص نفسه،[1]. هذه الحقوق تقترب إلى حد كبير من الحريات من حيث أنها تمنح لكل إنسان. لكن هذه الحقوق تنشئ، على خلاف الحريات، منطقة من الحماية المدعمة، والمانعة لمنافسة الآخرين، بحيث يمكن أن تضعها على حدود فكرة الحق[2].

هذه الطائفة من الحقوق وإن كانت تعكس وجهى الشخصية وما ترتكز عليه من مقومات مادية ومعنوية على السواء، إلا أنه يصعب حصر الحقوق المتفرعة عن هذه الطائفة والتى تعمل على حماية الشخصية وتدعيمها[3]. وسنحاول دراسة كل وجه من أوجه الشخصية لنر الحقوق المكرسة لحمايته.

أولا : الحقوق التي ترمي إلي حماية الكيان المادي للشخصية[4]:

يأتى فى طليعة الحقوق المكرسة لحماية الكيان المادى للإنسان الحق فى الحياة Le droit à la vie، والحق فى سلامة بدنه أو جسده Le droit à L'intégrité physique. ومقتضى هذه الحقوق تمكين صاحبها من حماية كيانه المادى فى مواجهة الغير بمنع الآخرين من المساس بجسده أو بأعضائه المختلفة أو الاعتداء عليه دون مسوغ قانونى. وعلى ذلك سنعرض لمدى هذه الحماية سواء فى مواجهة الغير أو فى مواجهة صاحبها نفسه.

---

(1) Marty et Raynaud, introduction générale, no 145. En ce sens, Kayser, les droits de la personnalité, aspects théoriques et pratiques, Rev. trim. dr. civ. 1971, p. 455 et s.; R. Lindon. Les driots de la personnalité, 2e éd. 1983.

(2) J. Ghestin et Goubeaux, op. cit., no 216 p. 164.

ومع ذلك قارن حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٣٣، ص ٤٣٣ ومابعدها.

(3) Houin in Trav. de la commission de réforme du code civil, t. IV.. année 1950 - 1951, p. 33.

(٤) انظر فى ذلك:

R. Dierkens, Les droits sur le corps et cadavre de l'homme. Paris 1966, V. aussi Le corps humain et le droit in Trav. ass. H. Capitant, t. XXVI. 1975.

١ - مدى حماية الكيان المادى للإنسان فى مواجهة الغير:

حق الإنسان فى الحياة وما يرتبط به من حقه فى سلامة جسده يلقى على عاتق الغير التزام بالامتناع عن المساس أو الاعتداء على جسمه بالقتل أو الجرح أو الضرب (انظر الباب الأول من الكتاب الثالث من قانون العقوبات المواد من ٢٣٠ إلى ٢٥١).

ويترتب على ذلك أنه لايجوز إجراء جراحة طبية للمريض إلا بعد الحصول على موافقته ما لم يستحيل الحصول على هذه الموافقة أو حالته المرضية تستلزم إجراؤها على وجه السرعة، فى هذه الحالة فقط يجوز للطبيب إجراء العملية دون موافقة. وقد كرس الدستور ذلك بنص صريح حيث تنص المادة (٤٣) منه على أنه «لايجوز إجراء أى تجربة طبية أو علمية على أى إنسان بغير رضائه الحر».

لكن استعمال الشخص لحقه فى سلامة جسده قد يتعارض مع حقوق الغير، فهل فى هذه الحالة يجوز إجباره على إجراء العملية؟ يتمثل هذا الفرض عندما تكون الإصابة ناشئة عن خطأ الغير، والامتناع عن إجراء العملية أو العلاج بصفة عامة قد يؤدى إلى تفاقم الإصابة وبالتالى استفحال الضرر، مما يترتب عليه زيادة مبلغ التعويض المستحق على الغير. لفض هذا التعارض بين المصالح يجب البحث فيما إذا كان رفض المصاب له ما يبرره أو ليس له ذلك. فإذا كان رفضه ليس له ما يبرره فإن حق المصاب فى التعويض يقف عند الضرر المباشر لخطأ المسؤول وما ينشأ بعد ذلك نتيجة رفض المصاب إجراء العملية يعتبر ضرراً غير مباشر لا يسأل عنه المسؤول[1]. والمحكمة هى التى

---

(١) انظر مؤلفنا فى النظرية العامة للالتزامات، الجزء الأول مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ٤١٥، ٤١٦. وانظر فى أثر الرفض على مقدار التعويض فى القضاء الفرنسى.

Crim. 3 juill. 1969, J.C.P. 1970. II. 16447 et obs. R. Savatier; 30 oct. 1974, D. 1975, 178 et note R. Savatier; J.C.P. 1975. II. 18038 obs. L. Mougeron et P.J.Doll.; Trib. gr. inst. Paris 13 mai 1981. J.C.P. 1982. II. 19887. obs. F. Chabas.

تقدر ما إذا كان رفض المضرور لإجراء العملية له ما يبرره من عدمه. ويمكن المحكمة تعتبر رفض المضرور إجراء العملية غير مبرر إذا كان متعسفاً فى استعمال حقه فى سلامة جسده. أما إذا كان رفض المضرور مبرراً أى كان استعماله لحقه مشروعاً، فإنه يستحق التعويض كاملاً.

– ويتفرع عن حق الشخص فى سلامة جسده وأعضائه عدم جوازإجباره على إجراء تحاليل طبية، كتحليل الدم والتحليل الخاص بالخصوبة وغيرها من التحاليل الطبية، ما لم ينص القانون على غير ذلك. ففى الوقت الحاضر تنص قوانين بعض الدول على ضرورة إجراء بعض التحليلات قبل الزواج، وفى بعض الأحيان يخضع الأجانب لبعض التحاليل الطبية للكشف عن بعض الأمراض الخطيرة كمرض الإيدز (SIDA) مثلاً [١].

– ويتصل بذلك أيضاً أنه لا يجوز إجبار الشخص على تعاطى عقاقير معينة، ما لم يكن قد تم حجزه نتيجة لإصابته بمرض معد خطير يخشى منه على الصحة العامة، إذ فى هذه الحالة لابد أن يخضع لعلاج إجبارى لحمايته أولاً، ثم حماية المجتمع من تفشى هذا الوباء، أو كالتطعيم الإجبارى ضد بعض الأمراض فى بعض الدول. لكن إذا كان القصد من إعطاء العقاقير هو الوصول إلى الحقيقة بصدد جريمة معينة فالأصل أنه لايجوز، على أساس أن الاعتراف الذى لايتم عن حرية واختيار يعتبر باطلاً ولايعتد به. كما أن هذه الوسيلة تتجاوز فى الغالب الغاية منها حيث أن استخدام مثل هذه العقاقير غالباً ما يؤدى إلى الإفضاء بما فى مكنون النفس البشرية، منها ما يتعلق بالجريمة محل التحقيق ومنها ما لا يتعلق بها ويعتبر من صميم الأسرار الشخصية للإنسان بما يشكل اعتداء صارخ على مبدأ عدم المساس بحرمة الحياة الخاصة.

– كما لا يجوز إخضاع الشخص لإجراء تجارب طبية إلا بعد الحصول على موافقته وأن تقتضيها حالته المرضية ودون أن يعرضه ذلك للخطر وقد

---

(١) انظر:
Byk. SIDA et protection des droits individuels, J.C.P. 1991, I, 3541.

نظم قانون ٢٠ ديسمبر ١٩٨٨ فى فرنسا الأبحاث الطبية المتعلقة بالأشخاص[١].

فإذا وقع اعتداء بالفعل على حياة الإنسان أو جسده فإن ذلك الاعتداء غالباً ما يشكل جريمة جنائية يستحق مرتكبها الجزاء الجنائى المنصوص عليها فى قانون العقوبات. علاوة على ذلك فإن المضرور أو لورثته الحق فى التعويض عما يصيبه من أضرار مادية أو أدبية نتيجة هذا الاعتداء طبقاً لأحكام المسؤولية المدنية[٢].

٢ - مدي حماية الكيان المادي للإنسان في مواجهة صاحبه نفسه:

إن الحق فى الحياة الخاصة والحق فى السلامة البدنية أو الجسدية للإنسان وحمايته من اعتداء الغير عليه إلا برضائه ليس مقرراً لمصلحة الشخص فحسب إنما هو مقرر أيضاً لاعتبارات تتعلق بالصالح العام للجماعة. وأهم هذه الاعتبارات حماية الأمن والسلم فى المجتمع، وتأمين السلامة لأعضائه مما يسمح لهم بالنهوض بدورهم وأداء وظائفهم فيه. ولذلك كان الأصل أن حق الفرد فى سلامة كيانه المادى لا يعطى لصاحبه سلطة التصرف فى جسمه أو فى أحد أعضائه[٣]. وهذا يفسر ما تنص عليه قوانين بعض الدول من العقاب على الشروع فى الانتحار. وكذلك ما تنص عليه

---

(١) انظر فى ذلك:

J. Borricand, Commentaire de la loi no 88 - 1138 du 20 déc. 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des récherches biomédicals, D. 1989. chr. 167, G. Viala et A. Viandier, la loi du 20 déc. 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à recherches biomédicales, Gaz. Pal. 7 oct. 1989; G. Mémeteau, De quelque droits sur l'homme, commentaire de la loi du 20 déc. 1988 relative à la protection des personnes qui se prêtent à des recherches biomédicales, D. 1990 - chr. 165.

(٢) انظر نبيل سعد، مصادر الالتزام السابق الإشارة إليه.

(3) L. Josserand, La personne humaine dans le commerce juridique, D. 1932, che. I; B. Edelman, l'homme aux celluls d'or, D. 1989 chr. 225.

قوانين معظم الدول من تحريم «قتل الرحمة أو الشفقة». كما أن التقنيات الحديثة ويؤيدها الفقه فى ذلك اتجهت إلى النص على بطلان كل تصرف يقع على جسم الإنسان أو على جزء منه إذا كان من شأنه أن يشكل اعتداء عليه، أى يشكل خطر على حياة صاحبه أو على استمرار سلامة واكتمال كيانه المادى.

وعلى ذلك إذا كان تصرف الفرد فى جسده لايشكل اعتداء عليه وإنما يحقق فائدة للجماعة لاستجابته لغايات مشروعة فإنه يكون صحيحاً، كتصرف الشخص فى بعض دمه بالبيع أو الهبة لإنقاذ حياة الآخرين[1]. أو تصرف المرأة فى لبنها بالبيع أو الهبة لإنقاذ حياة طفل.

- والمعيار فى تحديد مشروعية أو عدم مشروعية تصرف الفرد فى جسده **يكمن في مدي أثر التصرف علي الكيان المادي للانسان وفي الغاية من التصرف.** وبناء على ذلك إذا كان التصرف يشكل خطراً على حياته أو يؤدى إلى نقص دائم فى كيانه الجسدى، أو كان يهدف إلى تحقيق غاية مخالفة للنظام العام أو الآداب فان التصرف يقع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

وتطبيقاً لذلك فإنه لايجوز للشخص أن يتبرع بقلبه أو بكبده حال حياته. لكن ليس هناك ما يمنع من أن يتصرف الشخص بالبيع أو الهبة ببعض دمه، أو أن تبيع امرأة شعرها بعد قصه وفصله. كما يجوز للشخص أن يتبرع حال حياته بإحدى كليتيه إذا كان هناك مبرر لذلك. لكن يقع باطلاً الاتفاق على عملية الإخصاب لزوجة من غير زوجها أو عن طريق امرأة أخرى، لمخالفة ذلك للنظام العام والآداب[2]، أو البتر الإرادى المتعمد من أجل عدم أداء

---

(١) التبرع بالدم نظمه فى فرنسا قانون ٢٥ يوليو ١٩٥٢ انظر :

A. Savatier, De sanguine jus, D. 1954, 144.

(٢) وهذا ما يسمى فى فرنسا "mère porteuse" وقد حكم القضاء بعدم مشروعيته انظر:

Aix, Ire ch., 29 Avril 1988; Gaz. Pal. 1989, 1, 44; Civ. ler 13 déc. 1989; D. 1990, 273 rapport. J. Massip; cass. Ass. Plén. 31 mai 1991, 417, rapport H. Dontenwille, et note D. Thouvenin, J.C.P. 1991, concl. G. Bernard; concl. H. Dontenwille et note F. Terré; P. Kayser, les limites morales et juridique de la procréations assistées, état des questions. Rev. trim. dr. civ. 1987, 457, P. Raynaud, L'enfant peut-il être l'objet de droit? D. 1988 Chr. 109; A. Seriaux, la procréation artificielle sans

الخدمة العسكرية. وقد نظمت بعض الدول نقل الأعضاء بين الأحياء وبعد الوفاة[1].

امتداد الحماية إلي جسد الإنسان بعد الوفاة:

إذا كان القانون قد كفل للإنسان حال حياته حقه في سلامة جسده وحمايته، فإنه قد بسط أيضاً هذه الحماية بعد وفاته للحفاظ على حرمة الأموات وصيانة للكرامة الإنسانية. لكن يبقى التساؤل قائماً حول معرفة مدى حق الشخص في التصرف حال حياته في جثته بعد مماته؟

جرت القوانين في الدول المختلفة على إعطاء الشخص الحق في تحديد مصير جثته بعد موته، بشرط ألا يخالف هذا التحديد أحكام القوانين واللوائح أو النظام العام والآداب[2]. ولذلك ليس هناك ما يمنع من أن يوصي الشخص بجثته أو بجزء منها لمعهد أبحاث علمية أو طبية لإجراء تجارب أو دراسات علمية عليها، أو أن يوصي بعينيه بعد وفاته لبنك من بنوك العيون، أو أن

= artifices; illiciété et responsabilité, D. 1988, chr. 201; M. Th. Meulder-Klein, le droit de l'enfant face au droit à l'enfant et les procréations médicalement assistées, Rev. trim. dr. civ. 1988, 645, P. Kayser, Documents sur l'embryon humain et la procréation médicalement assistée, D. 1989, chr. 193; J. Rubellin-Devichi, procréation assistée et stratégies en matière de filiations, J.C.P. 1991, I, 3505; V. Aussi La vérité et le droit in Trav. ass. H. Capitant, t. XXXVIII, 1987; E. Hiroux, La volonté individuelle en matière de filiation, th. Paris, II, 1988.

(١) في فرنسا قد تم السماح بنقل الأعضاء وتم تنظيمه بالقانون رقم ٧٦ - ١١٨١ في ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ تم تكملته بالمرسوم رقم ٧٨ - ٥٠١ في ٣١ مارس ١٩٧٨ وقد نظم الشروط اللازم توافرها بالنسبة للبالغين، ثم أورد نصوص خاصة بالنسبة للمتبرع القاصر انظر:

J. B. Grenouilleau, Commentaire de la loi no 75 - 1181 du 22 déc. 1976 relative aux prélèvement d'organes D. 1977, chr. 213.

(٢) حسن كيرة. المرجع السابق، فقرة ٢٣٢ ص ٤٣٠.

يوصى بنقل عضو من أعضائه بعد وفاته إلى جسم من يحتاجه من المرضى[١] لإنقاذ حياته أو تحسين صحته[٢].

ثانيا : الحقوق التي ترمي إلي حماية الكيان المعنوي للشخصية[٣]:

إن حماية المقومات المعنوية للشخص، كالشرف والكرامة، لا تقل، إن لم تزد، فى الأهمية عن المقومات المادية للإنسان. لذلك استقرت القوانين فى معظم الدول على كفالة احترام هذه المقومات، عن طريق رصد العديد من الحقوق، التى لايمكن حصرها، فى سبيل تحقيق هذه الغاية، ومن ذلك مثلاً الحق فى الاسم، وهذا سيكون محل دراسة فيما بعد، والحق فى الخصوصية، والحق فى الصورة والحق فى الصوت، والحق فى حرمة المسكن، والحق فى السرية، والحق فى الشرف، والحق المعنوى للمؤلف ... إلخ. وسنعرض هنا لأهم هذه الحقوق.

١ - الحق في احترام الحياة الخاصة أو الحق في الخصوصية[٤]:

Le respect de la vie privée

فكل شخص له نطاقه الخاص، له حياته الخاصة، له منطقة من

---

(١) حسن كيرة، المرجع السابق، رمضان أبو السعود، الوسيط فى شرح مقدمة القانون المدنى، الدار الجامعية، ١٩٩٢، ص ٥١٨.

(٢) فى القانون الفرنسى قانون ٢٢ ديسمبر ١٩٧٦ . قد افترض رضاء المتوفى بنقل عضو من جثته ما لم يثبت العكس بأن رفض الشخص ذلك فى حياته بأى وسيلة. والقانون وإن كان ييسر هذا الإثبات إلا أنه يحبذ إعطاء المستشفيات المتخصصة رخصة إجراء ذلك . وقد تضمن القانون نصوص خاصة بالأشخاص القصر.

(3) Ph. Malinvaud, introduction à l'étude du droit, litec, 1992, no 124 p. 130 et s.

(4) L. Martin, Le secret de la vie privée, Rev. trim. dr. civ. 1959, 227; R. Savatier, Le respect de la vie privée et la servitude de la gloire, Gaz. Pa. 1966, I, doctr. 12; R. Badinter, le droit au respect de la vie privée, J.C.P. 1968, I, 2136; R. Lindon, La presse et la vie privée, J.C.P. 1965, I, 1887; Vie privée : un triple "dérapage". J.C.P. 1970. I. 1336; Les dispon :itions de la loi du 17 juill 1970 relatives à

الخصوصية طبقاً لتعبير العميد كاربونييه. وتنص المادة ١/٤٥ من الدستور على أن «لحياة المواطنين حرمة يحميها القانون».

وتنشأ الصعوبة هنا فى تحديد حدود هذه المنطقة الخاصة، حيث أن المشرع لم يعرفها[١]. لذلك فإن مهمة هذا التحديد تقع على عاتق القضاء ليحدد ما يعتبر من الحياة الخاصة وما لا يعتبر كذلك، وذلك بالمقابلة بوقائع الحياة العامة. وهناك بعض الأمور التى تدخل فى نطاق الحياة الخاصة ليست محل للخلاف، كالحياة العائلية، والحياة العاطفية، وما يتعلق بالصحة، ووقت الفراغ وما إلى ذلك. على العكس من ذلك يمكن أن يعتبر من قبيل الحياة العامة، الحياة المهنية، أو الحياة فى أماكن عامة، أو الاتصال بالجمهور.

هذه هى الخطوط العريضة للتفرقة بين الحياة الخاصة والحياة العامة، لكن يقع على عاتق القاضى تطويعها حسب ظروف كل حالة من الحالات التى تعرض عليه. فقد ثارت مشكلة مثلاً حول ما يتعلق بالكشف عن الثروة

= la protection de la vie privée, J.C.P. 1970. I. 2357; J. Preadel, Les disponsitions de la loi no 70 - 643 du 17 juill 1970 sur la protection de la vie privée D. 1970 chr. 111; M. Contamine - Raynaud, Le secret de la vie privée, in L'information en droit privée, 1978, 418; P. Kayser, Aspects de la protection de la vie privée dans les sociétés industrielles, Mellange Marty, p. 725; La protection de la vie privée 1984; P. Auvret, La liberté d'experssion du journalist et le respect d aux personnes. Th. Paris II 1982; A. Benet, Analyse. Critique du droit au respect de la vie privée, contribution à l'étude des libertèe civiles, Th. Paris. II, 1985.

(١) كان مبدأ احترام الحياة الخاصة فى فرنسا مبدأ قضائياً ثم تدخل المشرع بالقانون الصادر فى ١٧ يوليو ١٩٧٠ ليعدل نص المادة ٩ من التقنين المدنى ليقر هذا المبدأ ويؤكده ولكنه لم يتضمن أى تعريف لمفهوم احترام الحياة الخاصة.

أو الموارد لبعض الأشخاص. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بأن هذه المعلومات لاتتعلق بالحياة الخاصة طالما أنها لم تكشف عن حياة وشخصية صاحب الشأن[1].

٢ - الحق في الصورة Le droit à l'image[2]،

هذا الحق قد أقره القضاء فى فرنسا منذ زمن طويل. وعندما تدخل المشرع الفرنسى لم ينص عليه صراحة وإنما نص على احترام الحياة الخاصة. ومع ذلك فهناك إجماع فى الفقه على اعتبار أن نشر الصورة يمكن أن يشكل خرق لسرية الحياة الخاصة، مثل ذلك الصور المأخوذة بكاميرا الفيديو فى شقة أو فى منزل خاص بممثله، أو المأخوذة على ظهر قارب خاص فى البحر ... إلخ. وقد تضمن قانون ١٧ يوليو ١٩٧٠ نصوص جذنية عدل بها نص المادة ٣٦٨، ٣٧٢ من قانون العقوبات والتى تنص على

---

(1) Trib. gr. inst. Marseille 29 sept 1982, D. 1984, 64 note R. Lindon; Civ. ler., 31 mai 1988, J.C.P. 88. IV. 279; Paris 23 janv. 1989. D. 1989, 471, note R. Lindon; civ. ler., 4 oct. 1989. J.C.P. 89. IV. 388; Civ. ler., 28 mai 1991, J.C.P. 92. II. 21845, obs. F. Ringel; Pour la révélation de l'adresse, voir Civ. ler., 6 nov. 1990, D. 1991. 353 note J. Prevault; Civ. ler., 19 mars 1991 D. 1991. 568. note D. Velardocchio.

(3) P. Kayser, le droit dit à l'image, Mélanges. Roubier, t. 2, p. 73; J. Stouffet, les droits de la personne sur son image, J.C.P. 57. I. 1374; D. Becourt, le droit de la personne sur son image, 1969; B. Edelman, Esquisse d'une théorie du subjet: l'homme et son image, D. 1970, chr. 119; J. Ravanas, La protection des personnes contre la réalisation et la publication de leur images 1978; E. Gaillard, La double nature du droit à l'image et ses conséquences en droit positif français, D. 1984, chr. 161; D. Aquarone, L'ambiguité du droit à l'image, D. 1985, chr. 129.

معاقبة من يعتدى على الحق فى الصورة. وقد قام المشرع المصرى بإضافة المادة ٣٠٩ مكرراً والمادة ٣٠٩ مكرراً (أ) لقانون العقوبات بموجب القانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٧٢. وتنص المادة ٣٠٩ مكرراً على أنه «يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة كل من اعتدى على حرمة الحياة الخاصة للمواطن، وذلك بأن ارتكب أحد الأفعال الآتية فى غير الأحوال المصرح بها قانوناً أو بغير رضاء المجنى عليه:

(أ) استرق السمع أو سجل أو نقل عن طريق جهاز من الأجهزة أياً كان نوعه محادثات جرت فى مكان خاص أو عن طريق التليفون.

(ب) التقط أو نقل بجهاز من الأجهزة أياً كان نوعه صورة شخص فى مكان خاص.

فإذا صدرت الأفعال المشار إليها فى الفقرتين السابقتين أثناء اجتماع على مسمع أو مرأى من الحاضرين فى ذلك الاجتماع، فإن رضاء هؤلاء يكون مفترضاً.

ويعاقب بالحبس الموظف العام الذى يرتكب أحد الأفعال المبينة بهذه المادة اعتماداً على سلطة وظيفته.

ويحكم فى جميع الأحوال بمصادرة الأجهزة وغيرها مما يكون قد استخدم فى الجريمة، كما يحكم بمحو التسجيلات المتحصلة عنها أو إعدامها».

وتحديد الأساس للحق فى الصورة أكثر صعوبة منه فى الحق فى احترام الحياة الخاصة. لكن يوجد، فى الواقع، أكثر من أساس لهذا الحق وذلك بحسب الحالات. ففى بعض الأحيان يشكل وجه من وجوه الحياة الخاصة، فى الحدود التى تكون الصورة مأخوذة فى مكان خاص، أو تتعلق بأمور متصلة بالحياة الخاصة لشخص ما.

وفى حالات أخرى يستقل الحق فى الصورة عن الحق فى احترام الحياة الخاصة. وفى هذه الحدود يتجه الفقه إلى اعتباره حق خاص ومستقل من حقوق الشخصية. كل هذا لا يختلط بالحالات التى تتعلق باحتكار الاستغلال

التجارى لصور بعض الأشخاص، كما هو الحال بالنسبة لنجوم السينما، أو نجوم الرياضة. إذ فى هذه الحالة يمكن الاعتراض على النشر غير المرخص به من جانب هؤلاء النجوم والذى يكون دون مقابل[١].

والحق فى الصورة يغطي موضوع فى منتهى الاتساع. فيدخل فى نطاق هذا الحق الصور التى يعتبر أخذها أو نشرها اعتداء على الحياة الخاصة. مثل ذلك صورة مطرب أثناء مرضه[٢]، أو صورة ممثلة وهى على فراش الموت[٣]، أو صورة ممثلة أخذت بغتة وهى عارية[٤]. ويمكن أن يمتد نطاق حماية الحق فى الصورة فيما وراء نطاق الحياة الخاصة ليشمل الصور التى تؤخذ فى أماكن عامة أو فى نطاق ممارسة مهنة معينة[٥]. كما أن هذه

(1) Paris 14 mai 1975, D. 1976. 291 note R. Lindon (aff. Catherine Deneuve); Paris, 9 nov. 1982, D. 1984, 30, note R. Lindon, Paris, 14 juin 1983, D. 1984, 75, note R. Lindon; Trib. gr. inst. Paris, 21 déc., 1983, Gaz-Pal. 1984, 2. Somm. 20 oct. et la note (aff. Noah); Trib. gr. inst. Aix, 24 nov. 1988, J.C.P. 89. II. 21329, abs. Henderycksen (aff. Raimu).

(2) Paris 9 Juill. 1980, D. 1981. 72, 2e esp. note R. Lindon; Civ. 2e, 8 juill. 1981, D. 1982, 65 note R. Lindon (aff Jacques Brel).

(3) Trib. gr. inst. Paris, 11 janv. 1977, D.S. 1977, 83 note R. Lindon, J.C.P. 77, II. 18711, obs. Ferrier; Crim. 21 oct. 1980, D. 1981. 72; ler esp. et note R. Lindon, (aff. Jean Gabin).

(4) paris 27 fév. 1967 , D. 1967. 450 note. Foulon. Piganiol (aff. Brigitte Bardot)' Paris 5 juin 1979, J.C.P. 80. II. 19343 note R. Lindon (aff. Romy Schneider) ou un homme politique, Paris 19 juin 1987, J.C.P. 88, II. 20957. obs. P. Auvret (aff. Le pen).

(5) Trib. gr. inst. Paris. 27 vév. 1974, D. 1974, 530, ler esp. note R. Lindon; Trib gr. inst. Paris 4 avril 1970, J.C.P. 70. II. 16328 abs. R. L. 18526. obs. R. Lindon (aff. Giscard d'Estaing).

الحماية يكون لها ما يبررها أكثر عند إعادة طبع الصور لاستخدامها فى أهداف أخرى غير شريفة[1].

وقد نصت المادة ١٧٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ على أنه «لايحق لمن قام بعمل صورة لآخر أن ينشر أو يعرض أو يوزع أصلها أو نسخاً منها دون إذنه أو إذن من فى الصورة جميعاً ما لم يتفق على خلافه، ومع ذلك يجوز نشر الصورة بمناسبة حوادث وقعت علنا أو اذا كانت تتعلق بأشخاص ذوى صفة رسمية أو عامة أو يتمتعون بشهرة محلية أو عالمية أو سمحت بهذا النشر السلطات العامة المختصة خدمة للصالح العام وبشرط الا يترتب على عرض الصورة أو تداولها فى هذه الحالة مساس بشرف الشخص أو بسمعته أو اعتباره».

«ويجوز للشخص الذى تمثله الصورة أن يأذن بنشرها فى الصحف وغيرها من وسائا النشر حتى ولو لم يسمح بذلك المصور مالم يتفق على غير ذلك»

«وتسرى هذه الأحكام أيا كانت الطريقة التى عملت بها من رسم أو حفر أو أيه وسيلة أخرى».

٢ - الحق في احترام الصوت:

القضاء الحديث فى فرنسا أكد الحماية للصوت باعتباره أحد مقومات الشخصية[2].

هذه الحماية تتمثل فى إحدى طريقتين : من ناحية أولى أن كل شخص له الحق فى منع كل تقليد لصوته فى الحالات التى يؤدى فيها ذلك إلى الخلط بين الأشخاص أو يسبب ذلك له أى ضرر آخر وهذا تطبيق لقواعد المسؤولية المدينة دون قيد أو شرط. لكن إلى جانب ذلك فقد اعتبر القضاء من قبيل الاعتداء على حرمة الحياة الخاصة إذاعة صوت شخص مسجل أثناء مكالمة تليفونية أو أثناء تجربة خاصة[3].

---

(1) Trib. gr. inst. paris 22 et 26 déc. 1975. J.C.P. 76. II. 18410 abs. R. Lindon Trib. gr. inst. Paris 27 mars 1981. D. 1981. 324; civ. 2e, 4 juill 1984, J.C.P. 84. IV. 296.

(2) D. Huet - Weiller, La protection juridique de la voix humaine, Rev. trim. dr. civ. 1982. 497.

(3) Trib. gr. inst. Paris 3 déc. 1975. D. 1977. 211 note R. Lindon. J.C.P. 78. II. 19002; obs. D. Becourt (aff. cl. Piéplu).

ويشترط فى كل هذه الحالات أن يكون هناك ضرر، وأن لايكون هناك تصريح بذلك. فى فرنسا قد كرس قانون ١٧ يوليو ١٩٧٠ جزاءات مدنية وجنائية للاعتداء على الحق فى الصورة والصوت (م ٣٦٨ عقوبات فرنسى بعد تعديلها). وكذلك فعل المشرع المصرى فى المادة ٣٠٩ مكرراً من قانون العقوبات[١].

٤ - الحق في حرمة المسكن **Le droit à l'inviolabilité du domicille** :

ويعتبر هذا الحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية. وهذا وجه آخر لحماية الحياة الخاصة والتى تجرى أساساً فى المسكن. فالمسكن هو القلعة الحصينة للفرد طبقاً لتعبير العميد كاربونييه. وقد نصت المادة ٤٤ من الدستور على أن «للمساكن حرمة فلا يجوز دخولها ولا تفتيشها إلا بأمر قضائى مسبب وفقاً لأحكام القانون».

وقد قرر القانون حماية مدنية[٢]، وكذلك حماية جنائية ضد الكسر أو الاعتداء على حرمة المسكن. وهذه الحماية تمتد لكل شخص، سواء كان مالكاً أو مستأجراً أو مجرد شاغلاً للعين. ولكل مسكن، سواء كان يتعلق بمسكن أساسى أو بمسكن فرعى، كالمصيف، أو المنزل الريفي. وفى مواجهة كل الأشخاص (انظر الباب الرابع عشر من الكتاب الثالث من قانون العقوبات والخاص بانتهاك حرمة ملك الغير المواد من ٣٦٩ إلى ٣٧٣).

هذه الحماية لها حدود معينة. فمثلاً المالك يستطيع أن يزور الأماكن المؤجرة طبقاً لعقد الإيجار. وكذلك السلطات العامة يمكن أن تدخل هذه المسكن فى الحدود القانونية المقررة.

٥ - الحق في السرية **Le droit au secret** :

علاوة على الحق فى حرمة الحياة الخاصة يوجد الحق فى السرية الذى له عدة تطبيقات متنوعة. وفى ذلك تنص المادة ٤٥ من الدستور على أن «لحياة المواطنين الخاصة حرمة يحميها القانون»، «وللمراسلات البريدية والبرقية والمحادثات التليفونية وغيرها من وسائل الاتصال حرمة، وسريتها مكفولة،

---

(1) Trib. gr. inst. Paris. 11 juill 1977. D. 1977, 700 note R. L. (aff. Léon Zitrone) Trib. gr. inst. Paris 19 mai 1982, D. 1983. 147. note R. Lindon, J. C. P. 89. II. 19955 obs. A. Gobin.

(٢) انظر المادة ٦٤٧ مدني فرنسي.

ولاتجوز مصادرتها أو الاطلاع عليها أو رقابتها إلا بأمر قضائى مسبب ولمدة محدودة ووفقاً لأحكام القانون».

كما نظم المشرع الجنائى هذه الحماية فى المادة ٣٠٩ مكرراً، ٣٠٩ مكرراً (أ) من قانون العقوبات السابق الإشارة إليهما.

وأحد أهم هذه التطبيقات «السرية المهنية» والتى بمقتضاها يلتزم كل من له بحكم وظيفته أو مهنته الاطلاع على تفاصيل الحياة الخاصة بعملائه بعدم إفشائها (كالطبيب والمحامى، ورجل الدين فى بعض الديانات ... إلخ). انظر على سبيل المثال المادة ٣١٠ من قانون العقوبات المصرى.

ومن ذلك أيضاً سرية المراسلات. هذه السرية مكفول حمايتها أيضاً، سواء بالنسبة للخطابات العادية[١]، أو بالنسبة للخطابات والرسائل السرية حيث تكون ملكيتها للمرسل إليه مقيدة بعدم إفشاء هذا السر. ولذلك لايعتد فى المواد المدنية بالرسائل السرية التى تقدم إلى المحكمة بغير اتفاق بين المرسل والمرسل إليه[٢].

وتسرى نفس هذه الأحكام على البرقيات فى حالة ما إذا تضمنت سراً من أسرار المرسل[٣]. كما أن سرية الاتصالات التليفونية مكفول حمايتها أيضاً، فلا يجوز التنصت على المكالمات التليفونية إلا طبقاً للإجراءات المنصوص عليها فى القانون[٤].

---

(1) F. Gény, Du droit sur les lettres missives 1911, M.J. Metzger, Le secret des lettres missives, Rév. trim. dr. civ. 1979. 291.

(٢) انظر نبيل سعد الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، دار النهضة العربية، ١٩٩٥، ص ١٤٠ وانظر أيضاً:

P. Kayser, Le principe du secret des lettres confidentielles et ses rapports avec le principe de droit public de la liberté et de l'inviolabilité de la correspondance, Mélanges Voirin, p. 437.

(٣) انظر نبيل سعد، المرجع السابق، ص ١٤١.

(٤) وقد نصت على هذه الإجراءات المادة ٨ من الاتفاق الأوروبى لحقوق الإنسان وانظر:

Civ, 2e, 18 mars 1955. D. 1955. I. 573 note R. Savatier, J.C.P. 55. II. 8909 obs. Esmein (pour l'enregistrement d'insultes par téléphine); Besançon. 13 déc., 1979, J.C.P. II. 19449, 2r esp. obs. D. Becourt. (Surveillance des conversations); J. Pradel, Ecoutes téléphoniques et

وتنص المادة ٩٥ من قانون الإجراءات الجنائية، والمعدلة بالقانون رقم ٣٧ لسنة ١٩٩٧ على أن «لقاضى التحقيق أن يأمر بضبط جميع الخطابات والرسائل والمطبوعات والطرود لدى مكاتب البرق، وأن يأمر بمراقبة المحادثات السلكية واللاسلكية وإجراء تسجيل الأحاديث التى جرت فى مكان خاص متى كان لذلك فائدة فى ظهور الحقيقة فى جناية أو جنحة يعاقب عليها بالحبس مدة لاتزيد على ثلاثة أشهر. وفى جميع الأحوال يجب أن يكون الضبط أو الاطلاع أو المراقبة أو التسجيل بناء على أمر مسبب ولمدة محدودة لاتزيد على ثلاثين يوماً قابلة للتجديد لمدد أخرى مماثلة».

أخيراً يجب ألا يفوتنا فى هذا الصدد أن نشير إلى الخطر الذى يمكن أن تمثله نظم المعلوماتية الحديثة، وكذلك نظم السجلات المركزية على الحق فى السرية.

وفى فرنسا نجد أن المشرع قد توقع هذا التعسف ولذلك نص على جزاءات فى هذه الحالة فى القانون رقم ٧٧ - ١٧ فى ١٦ يناير ١٩٧٨ الذى نظم هذا الموضوع، كما أنه علاوة على ذلك أنشأ اللجنة القومية للمعلوماتية والحريات La Commission nationale informatique et libertés (CNIL) والتى تسهر على احترام القانون[1].

=

convention européenne des droits de l'homme; A propos de cass. Ass. plén. 24 nov. 1989 (D. 1990. 34), D. 1990 chr. 15; La cour européenne des droits de l'homme. (24 avril 1990. D. 1990 note J. Pradel) a précisé les limites dans lesquelles l'autorié publique peut porter atteinte au secret de la correspondance, notamment des écoutes téléphoniques, sur cet arrêt, voir R. Koering-Joulin, De l'art de faire l'économie d'une loi (à propos de l'arrêt kruslin et de ses suites) D. 1990 chr. 187; P. Kayser, La conformité à la convention européenne des droits de L'homme et la constitution de la France des écoutes téléphoniques administratives, D. 1991 chr. 17; Paris ler ch. accus 18 1990. D. 1990. 563.

(١) انظر نبيل سعد، نحو قانون للإفلاس المدنى، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩١.

٦ - الحق في الشرف Le droit à l'honneur :

كل شخص له الحق فى الشرف، الحق فى احترام كرامته وسمعته. وهذا الحق كفل المشرع له الحماية سواء على نطاق القانون المدنى أو على نطاق القانون الجنائى.

على نطاق القانون المدنى يستطيع المضرور أن يطالب طبقاً لقواعد المسؤولية المسؤول بالتعويض على الأضرار التى أصابته من جراء الاعتداء على شرفه أو خدش سمعته أو كرامته، علاوة على وقف هذا الاعتداء بالنسبة للمستقبل. وقد يتضمن الحكم أيضاً نشر الحكم بالإدانة فى إحدى الصحف على نفقة المسؤول، كوسيلة تكميلية للتعويض.

وعلى نطاق القانون الجنائى قد يقع المسؤول تحت طائلة قانون العقوبات إذا كان فعله يشكل جريمة قذف أو سب، أو جريمة بلاغ كاذب.

٧ - الحق المعنوي للمؤلف علي نتاجه الفكري:

Le droit moral de l'auteur sur son euvre

وهذا الحق يعتبر من صميم المقومات المعنوية للشخصية إذ يمس الجانب الذهنى أو الفكرى للشخص. فأكفار الشخص التى هى من صنعه وخلقه تعتبر جزءاً لا يتجزأ من شخصيته، وبالتالى يكون له حق أبوة هذه الآثار كحق من حقوقه الشخصية. وهذا الحق يظل ملازماً لشخصيته لاينفصل عنها وينتقل إلى ورثته بعد وفاته. وهذا الحق يعطى لصاحبه حق استغلاله من الناحية المالية. وبالرغم من ذلك فإن حقه المعنوى يعطى له وحدة سلطة تقرير نشر نتاجه الفكرى أو عدم نشره، تكملته أو عدم تكملته، تعديله أو تغييره، كما أن له سلطة سحبه من التداول والنشر.

فى مصر قد كفل المشرع الحماية المدنية والجنائية لحق المؤلف فى قانون ١١ مارس لسنة ١٩٥٤ والمعدل بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ والمعدل بالقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٤ . وأخيراً الكتاب الثالث المتعلق بحقوق المؤلف والحقوق المجاورة بصفة خاصة المادة ١٧٩ وما بعدها من قانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ المتعلق بحماية حقوق الملكية الفكرية والذى ألغى قانون ١١ مارس ١٩٥٤ .

- خصائص الحقوق اللصيقة بالشخصية:

– وكما هو واضح فإن هذه الحقوق لصيقة بالشخص مما يستتبع إثباتها لصاحب معين لاتغيره بحيث تنقضى بموته وإنقضاء شخصيته فلا تنتقل، كقاعدة

عامة، من بعد موته بالميراث إلى ورثته. ويستثنى من ذلك حق المؤلف الأدبى أو المعنوى حيث ينتقل إلى ورثته بعد وفاته.

– هذه الحقوق تكتسب نفس صفات الشخصية، فتكون هى أيضاً حقوقاً غير مالية أى لا تقوم بمال. ويترتب على ذلك النتائج الآتية:

– تعتبر هذه الحقوق خارجة عن دائرة التعامل فتكون غير قابلة للتصرف فيها أو الحجز عليها[١].

– لا تكون هذه الحقوق قابلة للسقوط أو الاكتساب بالتقادم. فهذه الحقوق لاتسقط بعدم الاستعمال مهما طال الأمد على عدم استعمالها. فالحق فى الاسم لايسقط بعدم استعماله مهما طالت المدة. كما أن مرور الزمن لايكسب الشخص حقاً من هذه الحقوق الخاصة بالغير. فإذا استعمل شخص اسم الغير، فإنه لايكتسب عليه حقاً مهما طالت المدة[٢].

وإذا كانت هذه الحقوق، بحسب الأصل، حقوقاً غير مالية أى لاتقوم بمال، إلا أنه فى بعض الأحيان تستتبع هذه الحقوق آثاراً مالية، إذ أن الاعتداء عليها يولد لأصحابها حقاً مالياً فى التعويض، وكذلك حقاً فى وقف الاعتداء عليها. كما أنه يمكن الترخيص استثناءً، أو أذن الشخص لكاتب أو روائى فى إطلاق اسمه على بعض أشخاص رواياته أو مسرحياته، أو أذن الشخص فى استعمال اسمه كاسم تجارى، أو ترخيص فنان مشهور فى إعطاء بعض المنتجات الصناعية اسمه على سبيل الدعاية والإعلان،[٣].

– والحقوق اللصيقة بالشخصية وإن كان يصعب حصرها أو تحديد نطاقها إلا أن هذا لايستتبع إنكارها أو إنكار صفة الحقوق عنها[٤]. والمشرع المصرى قد اعترف بوجود هذه الحقوق ولكنه لم يورد تعداداً لها ولكنه اكتفى بأن ينص على أن «كل من وقع عليه اعتداء غير مشروع فى حق من الحقوق الملازمة لشخصيته، أن يطلب وقف الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر» (م ٥٠ مدنى مصرى).

كما أن المادة ٥٧ من الدستور تنص على أن «كل اعتداء على الحرية الشخصية أو حرمة الحياة الخاصة للمواطنين أو غيرها من الحقوق والحريات

---

(١) تنص المادة ٤٦ مدنى مصرى على أنه «ليس لأحد النزول عن حريته الشخصية».

(٢) توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٢٩٦ ص ٤٨٦ ، ٤٨٧ .

(٣) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٣٤ ، ص ٤٣٧ .

(٤) قارن حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٣٣ ، ص ٤٣٣ ومابعدها.

العامة التى يكفلها الدستور والقانون جريمة لاتسقط الدعوى الجنائية ولا المدنية الناشئة عنها بالتقادم، وتكفل الدولة تعويضاً عادلاً لمن وقع عليه الاعتداء».

المطلب الثالث

حقوق الأسرة

Les droits familiaux

فهذه الحقوق قد تنشأ عن مركز الفرد في محيط أسرته.

هذا يعنى أن هذه الحقوق تقوم بين أعضاء الأسرة بعضهم قبل البعض وتثبت لكل منهم باعتباره مركزه فى الأسرة.

وسنعرض باختصار لهذه الحقوق لأنه ليس هنا مجال دراستها.

بعض هذه الحقوق ينشأ عن العلاقة بين الزوجين. فهذه العلاقة تفرض على كل من الزوجين على سبيل المثال التزاماً بالإخلاص. كما ينشأ عنها حقوق متبادلة لكل من الزوجين، حق الزوج فى طاعة زوجته، وحق الزوجة فى الإنفاق عليها ورعايتها وغير ذلك من الحقوق المتبادلة التى تفرضها هذه العلاقة طبقاً لقوانين الأحوال الشخصية.

البعض الآخر من هذه الحقوق ينشأ عن العلاقة بين الآباء والأبناء. هذه العلاقة تفرض حقوقاً متبادلة على الآباء والأبناء، فحق الأب أو سلطته فى تربية أولاده يقابله حق للأبناء فى التربية والتهذيب، وحقهم فى التعليم، وحقهم فى النفقة عليهم وغير ذلك من الحقوق.

وتتميز هذه الحقوق بأنها لاتخول لأصحابها سلطات فحسب بل تضع على عاتقهم أيضاً واجبات فى نفس الوقت. كما أن هذه الحقوق لاتمنح لأصحابها لتحقيق مصلحة شخصية لهم، ولكنها تمنح لتحقيق مصلحة الأسرة بصفة عامة[1].

كما تتميز هذه الحقوق أيضاً بأنها غير مالية فلا يملك أصحابها التعامل عليها بالتصرف فيها أو النزول عنها. ولايملك الدائنون توقيع الحجز عليها. ولا تنتقل بالموت إلى ورثة أصحابها. ومع ذلك فقد تنشأ للأفراد نتيجة مراكزهم فى الأسرة وعلاقات القرابة التى تربطهم بغيرهم حقوقاً مالية خالصة، كالحق فى النفقة والحق فى الميراث، وهذه الحقوق تخرج عن نطاق حقوق الأسرة.

---

(١) قارن حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٣٣ ، ص ٤٣٣ ومابعدها.

المبحث الثاني

الحقوق المالية

- السبب في الطابع المالى لهذه الحقوق راجع إلى أن موضوع الحق يقوم بالمال، والهدف الأساسى منها هو الحصول على فائدة مالية، وتنشأ بحسب الأصل عن علاقات مالية بين الأشخاص.

- ويترتب على هذا الطابع المالى النتائج الآتية:

١ – أن هذه الحقوق يجوز التعامل عليها بالتصرف فيها أو التنازل عنها.

٢ – أن هذه الحقوق تخضع للتقادم المسقط والمكسب.

٣ – هذه الحقوق تنتقل بالميراث. ٤ – أن هذه الحقوق تظهر فى الجانب الإيجابى للذمة المالية.

هذه الحقوق تنقسم إلى قسمين أساسيين: الحقوق العينية، والحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

المطلب الأول

الحقوق العينية

- **تعريف وتقسيم:**

عندما تعرضنا لتعريف الحق، فإننا اقترحنا أن نعرف الحق بأنه «الاستئثار الذى يقره القانون لشخص من الأشخاص، ويكون له بمقتضاه إما التسلط على شئ معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر، فجوهر الحق هو الاستئثار، هذا الاستئثار قد يتجسد فى صورة تسلط على شئ معين، وهذا هو الحق العينى. هذا الاستئثار والتسلط يكشفان بذاتهما عن الصلة المباشرة بين صاحب الحق ومحل الحق، وأيضاً عن الصلة بين صاحب الحق والغير، وذلك بالاحتجاج بحقه فى مواجهة الكافة[1]. **فالحق العيني سلطة مباشرة لشخص معين علي شئ معين.** هذه السلطة المباشرة تخول لصاحب الحق

---

(1) M. Levis, L'opposabilité du droit réel. De la sanction judiciaire des droits, éd. Economica, 1989.

الإفادة من هذا الشئ مباشرة ودون توقف على إرادة أحد غيره. فصاحب الحق العينى يباشر حقه دون وساطة من أحد. فمالك السيارة يستطيع أن يستعملها بنفسه، وأن يؤجرها لغيره، وأن يتصرف فيها بكافة أنواع التصرف.

وتنقسم الحقوق العينية إلى قسمين رئيسيين: حقوق عينية أصلية، وحقوق عينية تبعية. ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

أولاً : الحقوق العينية الأصلية:

والحقوق العينية الأصلية هى الحقوق العينية المستقلة لاتتبع حقاً آخراً أو تستند فى وجودها إليه. فهذه الحقوق مقصودة لذاتها وفى ذاتها لما تخوله لأصحابها من سلطات ومنافع. فقد يكون لصاحب الحق سلطة استعمال الشئ واستغلاله والتصرف فيه. فى هذه الحالة يكون لصاحب الحق «حق ملكية» على الشئ، حيث تتجمع هذه السلطات معاً فى يد صاحب الحق. وحيث تتوزع هذه السلطة تتفرع عن حق الملكية حقوق أخرى تعتبر اقتطاعاً منه. فندرس حق الملكية باعتباره الحق العينى الأصلى فى أتم صورة، ثم ندرس، بعد ذلك، الحقوق العينية الأصلية المتفرعة عنه.

١ - حق الملكية:

يعتبر حق الملكية أقوى الحقوق العينية الأصلية وأوسعها مضموناً وسلطات، إذ لصاحبه كل السلطات المتصورة على شئ مادى من استعمال واستغلال وتصرف. وسنعرض لتعريف حق الملكية، ثم لعناصره:

(أ) ماهية حق الملكية:

وقد عرف المشرع المصرى حق الملكية بقوله بأن «لمالك الشئ وحده، فى حدود القانون حق استعماله واستغلاله والتصرف فيه». (م ٨٠٢ مدنى مصرى).

هذا التعريف يركز على العناصر المكونة لحق الملكية، أى السلطات التى تكون للمالك على الشئ، وهى الاستعمال والاستغلال والتصرف. كما أن هذا التعريف يبرز الاستئثار والتسلط باعتبارهما جوهر الحق، فينص على أن لمالك الشئ وحده، وبذلك يكشف عن أن حق الملكية حق جامع مانع،

فالسلطات التى يخولها هذا الحق تكون مقصورة على صاحبه.

وأخيراً هذا التعريف يكشف بجلاء أن لمالك الشئ كل السلطات الممكنة التى يخولها الحق ولكن فى حدود القانون. فهذه السلطات ليست مطلقة بل مقيدة بما يقرره القانون، سواء كان تشريعاً أو عرفاً أو أية قاعدة قانونية أخرى أياً كان مصدرها، من أحكام تحدد نطاق تلك السلطات[1].

(ب) عناصر حق الملكية (سلطات المالك):

من التعريف السابق للملكية العادية، أى المفرزة، اتضح لنا أنها الحق العينى الذى يخول صاحبه، السلطات التى تمكنه من الحصول على منافع شئ معين. ورأينا أن هذه السلطات لا تخرج عن استعمال الشئ أو استغلاله، أو التصرف فيه. ولنر هذه السلطات بشئ من التفصيل:

(١) الاستعمال L'usage :

يقصد بالاستعمال استخدام الشئ فيما هو قابل له للحصول على منافعه، وذلك فيما عدا الثمار، مع عدم المساس بجوهر الشئ. كأن يسكن المالك داره، أو يركب سيارته، أو يرتدى ملابسه، أو يزرع أرضه، إلى غير ذلك، من وجوه الاستعمال المختلفة التى تختلف باختلاف طبيعة الشئ والغرض الذى أعد له.

والاستعمال يختلف عن الاستغلال فى أنه لايعطى لصاحبه الحق فى الثمار، فاستعمال المنزل بالسكن فيه، أما تأجيره فلا يعتبر استعمالاً بل استغلالاً إذ يخول المؤجر الحصول على الأجرة وهى من الثمار. لكن قد يختلط الاستعمال بالاستغلال، كما هو الحال بالنسبة إلى الأرض الزراعية، إذ يصعب أن نتصور استعمالها بغير زراعتها والحصول على ثمارها. ولذلك إذا تقرر لشخص حق استعمال الأرض دون استغلالها، انحصر حقه فى الحصول على ثمار الأرض بمقدار ما يحتاج إليه هو وأسرته فحسب. (م ٩٩٦ مدنى مصرى).

---

(١) انظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها ومصادرها، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥، ص ١٧ ومابعدها.

وإذا أدى استعمال الشئ إلى المساس بجوهره فإن ذلك يؤدى إلى اختلاط استعمال الشئ بالتصرف فيه، هذا يتحقق فقط بالنسبة للأشياء التى تستهلك بمجرد الاستعمال، كالطعام والنقود، ولذلك فإن تقرير حق استعمال عليها يتضمن فى نفس الوقت نقل ملكيتها إليه، إذ أن استهلاك الشئ لايكون إلا للمالك. ولهذا السبب يعد عقد القرض من العقود الواردة على الملكية (م ٥٣٨ مدنى مصرى).

(٢) الاستغلال La juissance :

ويقصد بالاستغلال القيام بالأعمال اللازمة لاستثمار الشئ، أى الحصول على ثماره Fruits - ولمالك الشئ استغلاله أى الحصول على ما يتولد عنه من ثمار.

- والثمار هى، بحسب الأصل، ما ينتجه الشئ بصفة دورية دون أن يترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشئ، كمحصول الأرض الزراعية، وأجرة الأراضى الزراعية والمبانى، وفوائد النقود. فمن خصائص الثمار إذن، أولاً، الدورية، ولا يشترط فى هذه الدورية أن تكون فى مواعيد ثابتة ومنتظمة، أو أن تكون مواعيد متقاربة. ثانياً، عدم المساس بجوهر الشئ ذاته، ولايعنى هذا أن الشئ يظل محتفظاً بحالته بصفة مطلقة، إذ قد يترتب على استغلاله والحصول على ثماره الانتقاص من جودته أو من قيمته بمرور الزمن، فالأرض قد تقل خصوبتها، والماشية قد تضعف بسبب نتاجها.

وتنقسم الثمار إلى ثلاثة أنواع:

١ - ثمار طبيعية Naturels: وهى التى يغلها الشئ طبيعياً دون تدخل من جانب الإنسان، مثل كلأ المراعى الطبيعية، ونتاج الحيوان.

٢ - ثمار صناعية Industriels : أو مستحدثة هى التى يغلها الشئ نتيجة لتدخل عمل الإنسان، مثل محاصيل الأرض الزراعية، والحدائق.

٣ - الثمار المدنية Civils: هى الدخل الدورى المنتظم الذى يغله الشئ عن طريق قيام الغير بالوفاء به مقابل انتفاعه بهذا الشئ، كإيجار المبانى

والأراضى الزراعية وفوائد النقود. وأرباح الأسهم، وفوائد السندات.

ولا يترتب على هذا التقسيم نتائج قانونية تذكر إلا بالنسبة للثمار المدنية حيث أن الحائز حسن النية يتملك ما يقبض منها يوم فيوم، أما الثمار الطبيعية أو المستحدثة فإنه يتملك ما يقضبه منها من يوم فصلها (م ٩٧٨ مدنى مصرى).

أما المنتجات Les produits فهى ما ينتجه الشئ فى مواعيد غير دورية ويترتب على أخذه الانتقاص من أصل الشئ. ومن أمثلتها المواد التى تستخرج من المحاجر أو المناجم التى لم تعد للاستغلال، والأشجار التى تقطع من غابات لم يتم إعدادها لهذا القطع.

والتفرقة بين ثمار الشئ ومنتجاته لا أهمية لها إذا كان المالك هو الذى يقوم باستغلاله الشئ فله بحسب الأصل الحصول على كل منافع الشئ، أى يحصل على الثمار والمنتجات. ولكن تظهر هذه الأهمية عندما يكون لشخص غير المالك الحق فى الحصول على ثمار الشئ، كالمنتفع مثلاً، فيكون له أخذ الثمار دون المنتجات التى تبقى من حق المالك[١].

(٣) التصرف La disposition:

لمالك الشئ الحق فى التصرف فيه. وللتصرف فى خصوص سلطة المالك على الشئ الذى يملكه مدلول أوسع من معناه الفنى الدقيق. فالتصرف بمعناه الفنى هو نقل ملكية الشئ أو إنشاء حق عينى آخر عليه. ولكن التصرف فيما يتعلق بسلطة المالك على الشئ يتجاوز ذلك ليشمل نوعين من الأعمال: **الأول**، العمل المادى وهو العمل الذى ينال من مادة الشئ، باستهلاكه أو إعدامه أو التغيير فيه، وهذه السلطة لاتثبت لغير المالك، وبالتالى فهى تميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية. **والثاني**، العمل القانونى وهو ينصرف إلى التصرف القانونى فى الحق، سواء كان هذا

---

(١) انظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، المرجع السابق، ص ٢٣.

التصرف سيؤدى إلى زوال حقه كلياً، كأن يبيع الشئ أو يهبه، أو إلى الانتقاص - ولو مؤقتاً - من السلطات التى له على الشئ كأن يرتب عليه حق انتفاع للغير أو يرهنه.

وهذه السلطات الثلاث التى يخولها حق الملكية للمالك إذا ما اجتمعت فى يد شخص واحد قيل أن له الملكية التامة، إلا أنه ينبغى أن يراعى أن التصرف هو العنصر الذى يميز حق الملكية عن غيره من الحقوق العينية الأصلية، ولهذا فإنه يظل دائماً فى يد المالك، أما الاستعمال أو الاستغلال فيجوز ثبوتهما لغير المالك وفى هذه الحالة تتجزأ الملكية ويتفرع عنها عدة حقوق بحسب ما ثبت للغير من سلطات خلا سلطة التصرف. وهذا هو موضوع الفقرات التالية.

٢ - الحقوق المتفرعة عن حق الملكية:

وهذه الحقوق هى تلك التى تقتطع بعض سلطات الملكية لحساب شخص آخر غير المالك. وقد حدد القانون المدنى هذه الحقوق: بحق الانتفاع، وحق الاستعمال، وحق السكنى، وحق الحكر، وحق الارتفاق.

(أ) حق الانتفاع Usufruit :

هو حق عينى يخول للمنتفع سلطة استعمال واستغلال شئ مملوك للغير دون التصرف فيه، إذ تظل سلطة التصرف فى الشئ فى يد المالك، لأنه مازال محتفظاً بملكية الرقبة. وحق الانتفاع قد يرد على عقار، وهذا هو الغالب، كما قد يرد على منقول (م ٩٩٢ مدنى مصرى).

ولم يرد فى التقنين المدنى المصرى تعريف لحق الانتفاع، وقد عرفه المشرع الفرنسى فى المادة ٥٧٨ مدنى فرنسى بأنه «الحق الذى يخول لصاحبه التمتع بأشياء مملوكة للغير، كما يفعل المالك نفسه، على أن يأخذ على عاتقه المحافظة على جوهرها».

يتضح مما تقدم أن «حق الانتفاع هو الحق العينى الذى يخول صاحبه سلطة استعمال شئ مملوك للغير واستغلاله فى مقابل المحافظة عليه ورده

إلى صاحبه عند نهاية حق الانتفاع، والذى ينتهى حتماً بموت المنتفع».

يقوم حق الانتفاع إذن على تجزئة حق الملكية، فيحتفظ المالك بملكية الرقبة، ويكون له بمقتضاها سلطة التصرف فى الشئ، وينتقل إلى المنتفع حق الاستعمال والاستغلال، وهذان العنصران اللذان يتكون منهما حق الانتفاع.

- للمنتفع أن يستعمل الشئ محل حق الانتفاع استعمالاً شخصياً فى كل ما أعد له (م ٩٨٨/١ مدنى مصرى). فإذا كان حق الانتفاع يرد على بناء كان للمنتفع أن يستعمله بنفسه فيسكنه، وإذا كان أرضاً زراعية فيكون له زراعتها. ويمتد حق الانتفاع إلى ملحقات الشئ التابعة له عند بدء الانتفاع، كحقوق الارتفاق والعقارات بالتخصيص، ويكون للمنتفع ما للمالك على شئ من حقوق، أى له أن يستعمل الشئ كما لو كان مالكاً له ولكن فى حدود الغرض الذى أعد له الشئ.

- كما أن للمنتفع أن يستغل الشئ محل الحق، أى يقوم بالأعمال اللازمة للحصول على ثمار الشئ دون منتجاته. وللمنتفع الحق فى الثمار جميعها، كنتاج الماشية، ومحاصيل الأرض، وأجرة المنزل أو فوائد النقود.

- فى مقابل ذلك يلتزم المنتفع بالانتفاع بالشئ بحسب ما أعد له وإدارته إدارة حسنة، وأن يلتزم بالمحافظة على الشئ وصيانته، وأن يبذل فى ذلك من العناية ما يبذله الشخص المعتاد (م ٩٩٠ مدنى مصرى). كما أن عليه أن يرد هذا الشئ عندما ينتهى حق الانتفاع.

- وحق الانتفاع حق مؤقت ينتهى بموت المنتفع حتى قبل انقضاء الأجل المعين. كما قد ينتهى بانتهاء الأجل المحدد فى العقد الذى يرتبه أو فى الوصية به. وينقضى حق الانتفاع أيضاً بهلاك الشئ المنتفع به أو بعدم استعماله مدة ١٥ سنة[1].

---

(١) انظر مؤلفنا السابق الإشارة إليه، ص ٢٠٦ ومابعدها.

- ومما تجدر ملاحظته أن حق الانتفاع يندر الالتجاء إليه فى الحياة العملية. ولكن نصادف حق الانتفاع غالباً فى الحياة العملية بصدد الوصية المستترة في شكل تصرف منجز، كبيع أو هبة، للتحايل على أحكام الوصية. حيث يبيع أو يهب شخص مالاً معيناً لآخر مع احتفاظ البائع أو الواهب بحق الانتفاع طوال حياته. ولذلك اعتبر المشرع مثل هذا التصرف تصرفاً مضافاً إلى ما بعد الموت وأخضعه لأحكام الوصية ما لم يقم دليل يخالف ذلك (م٩١٧ مدنى مصرى).

- **خاتمة: الفروق الجوهرية بين حق الانتفاع والإيجار:**

إن المعيار الفاصل بين الإيجار وحق الانتفاع يكمن فى طبيعة كل منهما:

- فالإيجار يعبر عن علاقة حق شخصى، فالمستأجر له حق متعلق بالشئ لايمكن أن يصل إليه إلا عن طريق المؤجر. فالمؤجر ملتزم فى مواجهة المستأجر بتمكينه من الانتفاع بالشئ المؤجر بما يستلزمه ذلك من تسليم العين المؤجرة وملحقاتها في حالة تصلح معها لأن تفى بما أعدت له (م ٥٦٤ مدنى) كما يلتزم أيضاً بأن يتعهد العين المؤجرة بالصيانة لتبقى صالحة للانتفاع بها (م ٥٦٧ مدنى) علاوة على أنه يضمن جميع ما يوجد فى العين من عيوب تحول دون الانتفاع بها (م ٥٦٧ مدنى).

- أما حق الانتفاع فإنه يعبر عن علاقة حق عينى، أى أنه حق عينى أصلى، فالمنتفع له حق على الشئ، له سلطة مباشرة على الشئ تمكنه من الحصول على المنافع والمزايا التى يخولها له مضمون حقه دون وساطة من أحد.

يترتب على هذا الاختلاف من حيث الطبيعة عدة نتائج نوجزها فيما يلى:

أولا : إن حق الانتفاع حق عينى أصلى يتمثل فى اقتطاع من سلطات المالك على الشئ – الاستعمال والاستغلال – ولذلك فهو حق مؤقت ينقضى حتماً بوفاة صاحبه. أما حق المستأجر فهو مجرد حق شخصى يقابله التزام

على المؤجر وبالتالى فلا ينقضى بوفاة المستأجر وإنما يخضع للقواعد العامة فى الخلافة بالنسبة للعقود، أى ينتقل إلى الخلف العام للمستأجر ولذلك نصت المادة ٦٠١/مدنى على أن «لاينتهى الإيجار بموت المؤجر ولابموت المستأجر».

ثانيا : أن حق المستأجر حق شخصى، وبالتالى يعتبر مالاً منقولاً ولو تعلق بعقار، أما حق الانتفاع حق عينى أصلى متفرع عن حق الملكية، فإذا ورد على عقار عد مالاً عقارياً. ويترتب على هذا الاختلاف عدة نتائج فى غاية الأهمية:

١ - **من حيث التسجيل** : فإن حق الانتفاع يلزم دائماً تسجيله إذا ورد على عقار، بينما حق المستأجر لايلزم تسجيله إلا استثناءً، إذا تجاوز مدة معينة ٩ سنوات وذلك لتحقيق غاية معينة وهى حماية مصلحة الغير، لا لنشوء الحق أو لانتقاله، كما الشأن بالنسبة للحقوق العينية.

٢ - إن حق الانتفاع يصلح أن يكون محلاً للتصرفات العقارية من بيع ورهن وهبة وهو ما يستلزم تسجيل هذه التصرفات أيضاً. كما أن حق الانتفاع حق عينى يخول صاحبه استعمال الشئ واستغلاله بتأجيره بنفسه أو بواسطة غيره، بشرط ألا يتجاوز حق الرقبة. أما المستأجر فليس له أن يجرى هذه التصرفات، وإن كان له الحق فى التنازل عن حقه، وفقاً لقيود معينة، فإنه يتبع فى ذلك إجراءات حوالة الحق.

٣ - للمنتفع بعقار أن يدافع عن حيازته لحقه بجميع دعاوى الحيازة طبقاً للقواعد العامة دون حاجة إلى نص خاص فى ذلك. أما المستأجر فإنه يستعمل دعاوى الحيازة للدفاع عن حقه الشخصى على سبيل الاستثناء وبناء على نص خاص (م ٥٧٥ مدنى).

٤ - كما أن الحجز على الحق والاختصاص القضائى يختلف بحسب ما إذا كان الحق مالاً عقارياً أو مالاً منقولاً.

٥ - كما أن لصاحب حق الانتفاع حق أخذ الرقبة المبيعة بالشفعة فيؤدى ذلك إلى انتهاء حق الانتفاع باتحاد الذمة بينما المستأجر ليس له هذا الحق.

ثالثا : إن حق الانتفاع، باعتباره حقاً عينياً أصلياً فإن اكتسابه يكون

رابعاً : إن حق الانتفاع قد يكون بعوض أو بدونه أما الإيجار فإن الأجرة تعتبر عنصراً جوهرياً فيه[1].

(ب) حق الاستعمال وحق السكني:

Droit d'usage et droit d'habittion

حق الاستعمال «هو الحق العينى الذى يتقرر لشخص على شئ مملوك لميراث ويخول لصاحبه استعمال الشئ لنفسه ولأسرته، وإذا كان استعمال الشئ لايكون إلا بسكناه كان الحق حقاً للسكنى».

وقد نصت المادة ٩٩٦ مدنى مصرى على أن «نطاق حق الاستعمال وحق السكنى يتحدد بمقدار ما يحتاج إليه صاحب الحق هو وأسرته الخاصة أنفسهم. وذلك دون إخلال بما يقرره السند المنشئ للحق من أحكام».

وحق الاستعمال يرد على عقار أو على منقول. لكن حق السكنى لايرد إلا على عقار حيث أن محله محصور فى بناء للسكنى. حق الاستعمال لايخول صاحبه إلا استعمال الشئ فى حدود ما يحتاجه هو وأسرته الخاصة أنفسهم. وإذا كان استعمال الشئ يؤدى إلى الحصول على ثماره، كما هو الشأن فى استعمال الأرض الزراعية، فإن صاحبه يستحق من هذه الثمار بمقدار ما يسد حاجته هو وأسرته. ويقصد بالأسرة كل من يعولهم صاحب الحق، من زوجه وأولاد وأقارب وخدم وذلك ما لم يقرر السند المنشئ للحق خلاف ذلك.

وتسرى الأحكام الخاصة بحق الانتفاع على حق الاستعمال وحق السكنى متى كانت لاتتعارض مع طبيعة هذين الحقين (م ٩٩٨ مدنى مصرى) يتضح من ذلك أن هناك أحكام خاصة بحق الاستعمال وحق السكنى فرضتهما طبيعتها الخاصة، ويختلف فيها هذان الحقان عن حق الانتفاع. وأهم هذه الأحكام أنه لا يجوز النزول عن حق الانتفاع أو حق السكنى إلا بناء على شرط صريح أو مبرر قوى (م ٩٩٧ مدنى مصرى). وهذا يرجع إلى الطابع الشخصى الملحوظ فى تقرير حق الاستعمال وحق السكنى لصاحبه (م ٩٩٦ مدنى مصرى)[2].

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك نبيل سعد، العقود المسماه، الإيجار، فى القانون المدنى وقوانين إيجار الأماكن، منشأة المعارف، ٢٠٠٣، ص ١٧ ومابعدها.

(٢) انظر مؤلفنا السابق الإشارة إليه ص ٢١٠.

(ج) حق الحكر:

وحق الحكر حق عينى متفرع عن حق الملكية يتقرر على أرض فضاء موقوفة يعطى لصاحبه حق الانتفاع بها بالبناء والغراس فيها لتعمريها أو استصلاحها خلال مدة لا تزيد عن ستين سنة فى مقابل أجرة المثل.

ولا يجوز التحكير إلا لضرورة أو مصلحة بإذن المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها الأرض كلها أو أكثرها قيمة. ويجب أن يصدر به عقد على يد رئيس المحكمة أو من يحيله عليه من القضاة أو الموثقين. ويجب شهره وفقاً لأحكام الشهر العقارى (م ١٠٠٠ مدنى مصرى).

ويترتب على الحكر حقوق للمحتكر، فله حق الحكر على الأرض المحكرة، وله حق ملكية ما يحدثه على هذه الأرض من بناء أو غرس لذلك يكون للمحتكر أن يتصرف فى حق الحكر بجميع أنواع التصرف، وينتقل هذا الحق بالميراث (م ١٠٠١ مدنى مصرى).

وينتهى حق الحكر بحلول الأجل المتفق عليه. والحكر ينتهى حتماً بانقضاء ستين سنة (م ٩٩٩ مدنى). كما ينتهى هق الحق قبل حلول الأجل إذا مات المحتكر قبل أن يبنى أو يغرس ولم يطلب جميع الورثة بقاء الحكر (م ٢٠٠٨ مدنى) وينتهى حق الحكر أيضاً بعدم استعماله مدة خمس عشر سنة، إلا إذا كان حق الحكر ذاته موقوفاً فينتهى بعدم استعماله مدة ثلاث وثلاثين سنة (م ١٠١١ مدنى).

وبعد إلغاء الوقف على غير الخيرات بمقتضى القانون ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ انحصر الحكر فى الأحكام الواردة على الأوقاف الخيرية، وحتى بالنسبة لهذه الأحكار أعطى المشرع وزير الأوقاف سلطة إنهاء هذه الأحكار بقرار منه إذا اقتضت المصلحة ذلك. وقد صدر أخيراً القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٨٢ لإنهاء هذه الأحكار.

(د) حق الارتفاق Droit de servitude:

الارتفاق حق يحد من منفعة عقار لفائدة عقار غيره يملكه شخص آخر (م ١٠١٥ مدنى مصرى) على ذلك ينشئ حق الارتفاق علاقة بين عقارين مملوكين لمالكين مختلفين، يكون من مقتضاها تحميل أحدهما بعبء أو

تكليف عينى استثنائى وتحقيق مصلحة أو منفعة عينية للعقار الآخر. فالعقار الذى يقع عليه العبء أو التكليف العيني يسمى بالعقار المرتفق به أو العقار الخادم، أما العقار الذى تقرر الارتفاق لصالحه يسمى بالعقار المرتفق أو العقار المخدوم.

فمناط حق الارتفاق هو أن تكون المنفعة عينية للعقار المخدوم أو المرتفق وليست منفعة شخصية لمالك العقار. فالارتفاق بالمرور عبء عينى يكون بمقتضاه لصاحب العقار المخدوم أو المرتفق حق المرور عبر العقار الخادم أو المرتفق به، فحق المرور تقرر لمنفعة العقار المخدوم ذاته، حيث أنه يتعلق باستعماله أو باستغلاله، وبالتالى فهى ليست منفعة شخصية لمالك العقار المخدوم، لذلك فهى تثبت لكل مالك لهذا العقار عند تعاقب الملاك على نفس العقار.

يتميز حق الارتفاق بأنه حق عينى عقارى، بمعنى أنه لا يرد إلا على عقار ليحد من منفعته لفائدة عقار غيره مملوك لشخص آخر. ولذلك فهو دائماً حق عقارى. كما أن حق الارتفاق يدوم بدوام العقارين المرتفق والمرتفق به. كما أن هذا الحق يتبع كل من العقار المرتفق والعقار المرتفق به لاينفصل عنهما فيما يجرى عليهما من تصرفات. ولايجوز التصرف فيه مستقلاً عن العقار إلا بالتخلى عنه.

لكن حق الارتفاق يسقط بعدم الاستعمال مدة ١٥ سنة. كما أن طبيعته لا تأبى التأقيت بأجل معين، ينتهى بانقضاء الأجل. وهذه الطبيعة لا تمنع أيضاً من انقضاء حق الارتفاق إذا فقد كل منفعة للعقار المرتفق، أو لم تبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب البتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به[١].

وحق الارتفاق حق غير قابل للتجزئة، بمعنى أنه مقرر لفائدة العقار المرتفق كله، كما أنه يثقل العقار المرتفق به كله. فإذا جزئ العقار المرتفق بقى الارتفاق مستحقاً لكل جزء منه (م ١٠٢٤ مدنى مصرى) وإذا جزء العقار المرتفق به بقى حق الارتفاق واقعاً على كل جزء منه (م ١٠٥٢ مدنى مصرى) هذا هو الأصل.

---

(١) انظر مؤلفنا السابق الإشارة إليه، ص ٢٣٦ ومابعدها.

- الخلاصة : حق الملكية هو الحق العيني الأصيل - نتائج:

تتمثل هذه الأصالة فى أن الملكية حق جامع مانع. وهذه الخاصية مستمدة من مضمون حق الملكية ذاته ولاتوجد فى غيره من الحقوق المتفرعة عنه ولذلك فهى خاصية جوهرية. فالأصل أن حق الملكية جامع لكافة المزايا والمنافع التى يمكن استخلاصها من الشئ، كما أنه مانع لغير المالك من مشاركته تلك المزايا أو المنافع. هذه الخاصية لاتمنع بطبيعة الحال من أن المالك يتقيد فى ممارسته لسلطاته بكل ما فى القانون من قواعد تحد من هذه السلطات تحقيقاً للمصلحة العامة أو للمصالح الخاصة.

وحق الملكية هو الأصل أيضاً من حيث أنه يعطى لصاحبه وحده كافة السلطات على الشئ، فإذا ما تقرر للغير بعض هذه السلطات عن طريق حق انتفاع أو حق استعمال أو سكنى ... فإن ذلك يكون على سبيل الاستثناء بحيث إذا ما انقضى ذلك الحق العينى عادت السلطات التى كان يخولها على الفور إلى المالك. وذلك حتى لا تصبح هذه الحقوق المتفرعة عن الملكية قيداً دائماً يؤدى إلى إهدار الحق الأصلى نفسه. علاوة على ذلك أنه إذا ادعى شخص أن له سلطات على الشئ قبل المالك، كان على المدعى أن يثبت ذلك باعتبار أن ذلك خروجاً على الأصل(١).

كما أن حق الملكية يتميز، بالمقابلة للحقوق المتفرعة عنه، أنه حق دائم يبقى طالما بقى الشئ الذى يرد عليه، فلا يسقط بعدم الاستعمال، مهما طال الزمن. وعليه فإذا أهمل صاحب الملكية استعمال حقه فإن الملكية تظل باقية مهما طال الزمن اللهم إلا إذا وضع شخص يده على الشئ الذى أهمل المالك مباشرة سلطاته عليه مدة طويلة، فإن واضع اليد يكتسب فى هذه الحالة ملكية الشئ بالتقادم متى توافرت شروط اكتساب الملكية بهذا السبب، فإذا لم تتوافر هذه الشروط ظلت الملكية للمالك.. أما بالنسبة للحقوق الأخرى المتفرعة عن الملكية، فإنها تسقط بعدم الاستعمال مدة ١٥ سنة(٢).

---

(١) مؤلفنا السابق الإشارة إليه، ص ١٨.

(٢) انظر فى تفصيل أكثر فى المرجع السابق، ص ١٩ ومابعدها.

ثانياً: الحقوق العينية التبعية:

- الضمان العام والضمان الخاص:

يقصد بالضمان العام أن ١- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. ٢ - وجميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان العام إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون، (م ٢٤ مدنى مصرى).

يتضح من ذلك أن مسئولية المدين عن الوفاء بالتزامات مسؤولية شخصية غير محددة بمال معين بالذات، وإنما تنصب على كافة الأموال التى يمتلكها المدين وقت التنفيذ. فحق الدائن يرد على الضمان العام، على مجموع أموال المدين الحاضر منها والمستقبل، المنقول منها والعقار. وعلى ذلك فإن الضمان العام لايقتصر على الأموال الموجودة وقت نشوء الالتزام. ولكن يشمل أيضاً الأموال التى تدخل فى ذمة المدين بعد ذلك. وكذلك فإن هذا الضمان العام لا يتعلق بمال معين، وإنما بمجموع الأموال المملوكة للمدين وقت التنفيذ.

حق الضمان العام بما يقرره للدائن من حماية لا يرفع مع ذلك يد المدين عن التصرف فى أمواله أو الزيادة فى التزاماته. ويترتب على ذلك أن يكون للمدين حرية التصرف فى أمواله، فما يخرج من هذه الأموال سواء بطريق العوض أو بطريق التبرع، لايعد داخلاً فى نطاق الضمان العام. كما أن ما يكتسبه المدين من أموال يدخل فى ضمانه العام ويضمن الوفاء بديونه ولو كان ذلك كله بعد نشوء حق الدائن. هذه الحرية ليست مطلقة، لأن المدين قد يضعف الضمان العام إما بإنقاص ما لديه من أموال أو بإضافة دائنين آخرين يزاحمون السابقون عند التنفيذ. ولذلك قد كفل المشرع للدائنين عدة وسائل للمحافظة على الضمان العام من التصرفات التى يقصد بها المدين الإضرار بالدائنين[1] هذا عن الشق الأول.

أما فيما يتعل بالشق الثانى، وهو أن جميع الدائنين متساوون فى حق الضمان العام إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون. فإنه يعنى أن الدائنين

---

(١) انظر بتفصيل أكثر نبيل سعد، أحكام الالتزام، دار الجامعة الجديدة ٢٠٠٥، ص ١٠١ ومابعدها.

العاديين لمدين واحد، لهم حقوق متساوية على جميع الأموال الموجودة فى ذمة مدينهم أياً كان تاريخ نشوء حقهم، وأياً كان تاريخ اكتساب هذه الأموال. وعلى ذلك فإن الدائن السابق لايمكن أن يدعى أى أفضلية على الدائن اللاحق بالنسبة للأموال التى وجدت فى ذمة مدينه يوم أن تعامل معه. وبالمثل فإن الدائن اللاحق لا يستطيع أن يدعى حرمان الدائن السابق فيما يتعلق بالأموال التى اكتسبها مدينه بعد نشأة حقوق الدائنين الأولين.

ويترتب على هذه المساواة أنه إذا كان ثمن بيع أموال المدين غير كافية للوفاء بجميع ديون الدائنين كاملة، فإن هذا الثمن ينبغى أن يقسم بينهم قسمة غرماء، أى يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم. ولكفالة مبدأ المساواة بين الدائنين فى حق الضمان العام قد نظم المشرع المصرى شهر إعسار المدين (م ٢٤٩ - ٢٦٤ مدنى مصرى).

- أسباب الخروج عن هذه المساواة - الضمان الخاص:

إن مبدأ المساواة بين الدائنين بالنسبة للضمان العام ليس مطلقاً. فهناك أسباب للتقدم أو الأفضلية نص عليها القانون. وكما أن هناك مراكز قانونية متميزة لبعض الدائنين العاديين تجعلهم يفلتون من مزاحمة الدائنين الآخرين لهم[1].

وأسباب التقدم التى نص عليها القانون تتعلق بالتأمينات العينية أو الحقوق العينية التبعية. وهذه التأمينات العينية تكون بتخصيص مال معين من أموال المدين لضمان الوفاء بدين الدائن. ولذلك فإن هذا الدائن المزود بتأمين عينى لا يتقدم على الدائنين العاديين أو على الدائنين التالين له فى المرتبة إلا بالنسبة لهذا المال وحده.

ومما تجدر الإشارة فى هذا الصدد أن التأمينات لا تلغى حق الضمان العام وإنما تعززه وتقويه. وعلى ذلك فإن الدائن المزود بتأمين عينى يمكن باعتباره دائناً عادياً أى يرجع على أموال المدين الأخرى، ولكنه فى هذه الحالة يتعرض لمزاحمة سائر الدائنين العاديين، كما أن هذا الدائن إذا لم

---

(١) انظر نبيل سعد، الضمانات غير المسماة فى نطاق القانون الخاص، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص ١٣ ومابعدها.

يستوف كامل حقه من المال الذى تقرر عليه التأمين العينى لسبب أو لآخر استطاع أن ينفذ على سائر أموال المدين لاقتضاء ما تبقى له.

يتضح ما تقدم أن حق الضمان العام يشكل النطاق العام لحماية الدائن. وتعتبر هذه الحماية هى الحد الأدنى الذى كفله القانون للدائن العادى باعتباره دائن الشريعة العامة. أما حق الضمان الخاص فهو حماية خاصة، أو تأمين خاص يحصل عليه الدائن بمقتضى اتفاق خاص مع مدينه، أو بمقتضى نص خاص فى القانون أو حكم من القضاء يقرره له. وهذه هى الحقوق العينية التبعية.

ويقصد بهذه الحقوق تلك الحقوق العينية التى توجد لضمان أو لتأمين الوفاء بحق شخصى أى بحق دائنيه ضماناً خاصاً، وهى تابعة لهذا الحق المضمون فى صحته وبطلانه ووجوده وانقضائه، ومن هذه التبعية جاءت تسميتها. وهى حقوق عينية لأنها ترد على عين أو أعيان معينة وتعطى لصاحبها سلطة مباشرة عليها، حيث أنها تخول للدائن سلطة تتبع الشئ الضامن الذى ترد عليه ولو خرج من تحت يد المدين، وسلطة التنفيذ عليه واقتضاء حقه من المقابل النقدى لهذ الشئ وذلك بالأولوية والأفضلية على غيره من الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة.

وهذه الحقوق وظيفتها تأمين أصحابها ضد مخاطر إعسار المدين وتجنبهم مزاحمة الدائنين العاديين أو الدائنين التالين لهم فى المرتبة وما قد يتعرضون له من اقتسام أموال المدين قسمة غرماء أى بنسبة دين كل منهم.

وتتنوع هذه الحقوق بحسب مصدرها أنواعاً ثلاثة : الأول حق الرهن، وهو يتقرر بمقتضى عقد ، والثانى حق الاختصاص، وهو يتقرر بأمر القضاء، والثالث الامتياز وهو يتقرر بنص فى القانون.

أ - حق الرهن:

والرهن نوعان : رهن رسمى ورهن حيازى:

١ - الرهن الرسمي Hypothèque :

والرهن الرسمى عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص للوفاء بدينه

حقاً عينياً، يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من ثمار ذلك العقار فى أى يد يكون (م ١٠٣٠ مدنى)[١].

يتضح من ذلك أن هذا الرهن لاينشأ إلا بمقتضى عقد رسمى يبرم بين الدائن والمدين. وعلى ذلك فإن هذا العقد يعتبر من العقود الشكلية، بمعنى أن العقد لايقوم ولا يوجد إلا إذا تم فى الشكل الذى تطلبه المشرع. والشكل المتطلب هنا الرسمية، ويقصد بها الورقة التى يحررها موظف مختص بتحرير العقود وفقاً للإجراءات التى رسمها القانون. وهذا الموظف هو الموثق الموجود بمكاتب التوثيق بالشهر العقارى.

والرهن الرسمى حق عينى تبعى لايرد إلا على عقار، (أرض، منزل)، وبالتالى فإنه لايرد على المنقولات. ولكن قد ترد على هذا الأصل استثناءات تقتضيها الطبيعة الخاصة لبعض المنقولات، كالسفن والطائرات والمحل التجارى. ويستوى أن يكون مالك العقار المرهون هو المدين أو غيره، الكفيل العينى.

وهذا الرهن لايحتج به فى مواجهة الغير، كالدائنين الآخرين، أو من تنتقل إليهم ملكية العقار أو من يتقرر لهم حق عينى عليه، إلا بشهره عن طريق القيد فى الشهر العقارى.

وهذا الرهن يتقرر على العقار وهو فى يد المدين، أى أن هذا الرهن لايستلزم انتقال حيازة العقار المرهون من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن. ولذلك فإن المدين يباشر على هذا العقار المرهون كافة السلطات باعتباره مالكاً له. والدائن لايقلقه شيئاً لأن حقه مقرر على العقار وقد تم شهره عن طريق القيد مما يمكنه فى جميع الأحوال أن يحتج به فى مواجهة الكافة. فبمقتضى حقه فى الرهن الرسمى يستطيع الدائن المرتهن أن يتتبع العقار فى أى يد يكون لينفذ عليه ويأخذ حقه بالأفضلية أو بالأولوية عن غيره من الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة من ثمن هذا العقار. وفى هذه الحالة ليس للمتعاملين فى العقار المرهون أن يتشكوا من شئ حيث أنهم

---

(١) انظر نبيل سعد، التأمينات العينية والشخصية، منشأة المعارف، ١٩٨٦، ص ٣٥ ومابعدها.

يعلمون أو على الأقل فى استطاعتهم أن يعلموا أن هذا العقار مرهون عن طريق الاطلاع على سجلات الشهر العقارى.

٢ - الرهن الحيازي (Gage ou nantissement) :

والرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبى يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشئ لحين استيفاء حقه، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثم هذا الشئ فى أى يد يكون، (م ١٠٩٦ مدنى مصرى).

ويتضح من ذلك أن الرهن الحيازى ينشأ بمقتضى عقد بين الدائن والمدين، وهذا العقد عقد رضائى لايشترط فيه أى شكلية وإنما يتم بمجرد التراضى بين الطرفين مع توافر الشروط اللازمة قانوناً.

والرهن الحيازى يرد على العقار والمنقول. وتقرير الرهن الحيازى على المال المرهون وإن كان يلقى على عاتق المدين الراهن بعدة التزامات إلا أنه لايمس بحق ملكيته على هذا الشئ. فيجوز له أن يباشر من سلطات المالك ما لا يتعارض مع حقوق الدائن المرتهن. فيجوز له أن يتصرف فى المال المرهون تصرفاً قانونياً بنقل ملكية الشئ المرهون أو ترتيب حق عينى عليه، مادام التصرف لا يضر بحق الدائن المرتهن، بأن يكون بعد نفاذ الرهن فى مواجهة الغير، وعلى ذلك فله أن يبيعه، وفى هذه الحالة ينتقل المال محملاً بالرهن الحيازى، أو أن يرهنه رهناً رسمياً أو رهناً حيازياً آخر تالياً فى المرتبة للرهن الأول... وفى جميع الأحوال فإن الدائن المرتهن لن يقلقه شيئاً، طالما أن حقه نافذ، فإنه يستطيع أن يحبس الشئ لحين استيفاء حقه وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى اقتضاء حقه من ثمن هذا الشئ فى أى يد يكون.

ولكى يحتج بالرهن على الغير، كالدائنين الآخرين ومن تنتقل إليهم ملكية المال المرهون أو من يتقرر لهم حق عينى عليه، بالنسبة للعقار يجب انتقال الحيازة وقيد الرهن، بالنسبة للمنقول المادى يجب انتقال الحيازة وتدوين العقد فى ورقة ثابتة التاريخ.

وعلى ذلك فإن الرهن الحيازى يقتضى أن تنتقل الحيازة سواء إلى الدائن أو إلى شخص ثالث يتفق عليه المتعاقدان. ويترتب على ذلك أن يقع على عاتق الدائن المرتهن عدة التزامات، كالالتزام بحفظ الشئ وصيانته، والالتزام بإدارة الشئ واستثماره، والالتزام برد الشئ المرهون، وفى مقابل ذلك تكون سلطات الدائن المرتهن رهن حيازة أوسع بكثير من سلطات الدائن المرتهن رهناً رسمياً، حيث أن الدائن المرتهن رهن حيازة يقوم بخصم ما يستحق له من صافى ريع الشئ المرهون ولو لم يحل الأجل، وهذا استثناء من القواعد العامة فى المقاصة، ويكون الخصم وفقاً لترتيب معين (م ١١٠٤ مدنى مصرى).

الخلاصة : مقارنة بين الرهن الرسمى والرهن الحيازى يشترك الرهن الحيازى مع الرهن الرسمى فى أن كلا منهما من التأمينات الاتفاقية التى تنشأ عن طريق العقد. لكن عقد الرهن الحيازى لايشترط فيه القانون الرسمية المتطلبة فى عقد الرهن الرسمى. لذلك فهو عقد رضائى، كما أن عقد الرهن الحيازى عقد ملزم للجانبين، أى يرتب التزامات متبادلة فى جانب كل من الطرفين، بخلاف الرهن الرسمى الذى هو عقد ملزم لجانب واحد، لايرتب التزامات إلا فى جانب المدين الراهن.

ويتفق حق الرهن الرسمى مع حق الرهن الحيازى فى أن كلاً من الحقين هو حق عينى تبعى، غير قابل للتجزئة، ولكن يختلف الرهن الحيازى عن الرهن الرسمى فى أنه يستلزم نقل الحيازة إلى الدائن المرتهن كما أن الرهن الحيازى يمكن أن يرد على منقول كما يمكن أن يرد على عقار وذلك بخلاف الرهن الرسمى الذى لايرد إلا على عقار من حيث الأصل. كما أن الرهن الحيازى يخول للدائن المرتهن سلطات أوسع مع سلطات الدائن المرتهن رهناً رسمياً.

ب - حق الاختصاص droit d'affectation :

لم يعرف المشرع حق الاختصاص، كما فعل بالنسبة للرهن الرسمى والرهن الحيازى. ومع ذلك يمكن من استقراء الأحكام الواردة فى هذا الخصوص أن نستنتج هذا التعريف. فحق الاختصاص هو حق عينى تبعى يتقرر للدائن على عقار أو أكثر من عقارات المدين، بمقتضى حكم واجب

التنفيذ صادراً بإلزام المدين بالدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من المقابل النقدى لذلك العقار فى أى يد يكون».

كما هو واضح من هذا التعريف فإن حق الاختصاص يتفق مع حق الرهن الرسمى فى طبيعته، حق عينى، فى محله، لايرد إلا على عقار، وفى آثاره، إذ يعطى للدائن ميزتى التقدم والتتبع ولكن وجه الاختلاف ينحصر فى مصدره، فمصدر حق الرهن الرسمى هو العقد، بينما مصدر حق الاختصاص هو أمر القاضى.

فالاختصاص لايكون إلا بناء على حكم واجب التنفيذ صادر فى موضوع الدعوى ويلزم المدين بشئ معين، وأن يكون الدائن المحكوم له حسن النية، أى يكون جاهلاً تعلق حق الغير بعقارات المدين التى يريد أن يأخذ عليها اختصاص.

والدائن الذى يريد أخذ اختصاص على عقارات مدينة أن يقدم عريضة بذلك إلى رئيس المحكمة الابتدائية التى تقع فى دائرتها العقارات التى يريد الاختصاص بها (م ١٠٨٩ مدنى) ويصحب بهذه العريضة صورة رسمية من الحكم أو شهادة من قلم الكتاب مدونة فيها منطوقة الحكم. كما يجب أن تتضمن هذه العريضة بيانات معينة (م ١٠٨٩ مدنى). وبعد أن يتحقق رئيس المحكمة من الشروط اللازمة لصحة الإجراءات المتبعة لتقرير اختصاص يدون أمره بالاختصاص فى ذيل العريضة (م ١/١٠٩٠ مدنى)، مراعياً فى ذلك التناسب بين مقدار الدين وقيمة العقارات التى يقترر عليها الاختصاص. ثم يعلن هذا الأمر إلى المدين فى نفس اليوم من جانب قلم كتاب المحكمة، وذلك حتى يتسنى له أن يتظلم من الأمر إذا كان لديه وجه. ويقوم قلم كتاب المحكمة بالتأشير بهذا الأمر على صورة الحكم أو الشهادة المرفقة بالطلب المقدم لأخذ الاختصاص، ويقوم أيضاً بإخطار المحكمة الصادر منها الحكم الذى أخذ بمقتضاه الاختصاص للتأشير بذلك على كل صورة للحكم أو شهادة بذلك للحيلولة دون أخذ الدائن اختصاصات متعددة من محاكم مختلفة، أو على الأقل مراعاة قيمة العقارات التى سبق للدائن أخذ اختصاص عليها.

ج - حقوق الامتياز Privilèges :

والامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاة منه لصفته (م١١٣٠) . ويلاحظ على هذا التعريف أولاً أن المشرع قد عرف الامتياز بأنه أولوية . على ذلك، فجوهر الامتياز هو الأفضلية التى يهيؤها للدائن، وثانياً: قد أوضح التعريف بأنها أولوية يقررها القانون ، وبذلك فقد حدد أن القانون هو مصدر الامتياز وهذا ما يميزه عن غيره من التأمينات العينية . وثالثاً، قرر المشرع أن هذه الأولوية التى يقررها القانون تكون مراعاة لصفة معينة فى الدين المضمون ومصدره.

كما أن المشرع لم يذكر فى هذا التعريف بأن حق الامتياز حق عينى على خلاف ما فعله بالنسبة للرهن الرسمى (م ١٠٣٠ مدنى) وحق الاختصاص (م ١٠٩٥) والرهن الحيازى (م ١٠٩٦) بذلك حتى لايقطع برأى فى الخلاف الفقهى حول طبيعة بعض حقوق الامتياز، وبصفة خاصة حقوق الامتياز العامة. كما أن المشرع لم يذكر فى التعريف حقوق التتبع، وذلك لأن من بين حقوق الامتياز ما لا يعطى صاحبه حق التتبع، وهذه هى حقوق الامتياز العامة. وأخيراً لم يشر التعريف إلى محل الامتياز، وذلك أن من حقوق الامتياز ما يقع على جميع أموال المدين بدون تخصيص ومنها ما يقع على منقول معين أو عقار معين.

وهذا الحق إما امتياز عام يرد على جميع أموال المدين من منقول وعقار ومثال ذلك امتياز ديون النفقة والديون المستحقة للإجراء، وإما أن يكون امتياز خاص يرد على مال معين بالذات من أموال المدين سواء كان هذا المال عقاراً أو منقولاً. ومثال ذلك امتياز بائع العقار وامتياز المقاولين والمهندسين وامتياز بائع المنقول وامتياز مؤجر العقار.

المطلب الثاني
الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية

أولاً : تعريفها:

الحقوق الشخصية أو حقوق الدائنية هى التى تكون الطائفة الثانية من الحقوق المالية إذ أن محلها قابل للتقويم بالنقود. والحق الشخصى هو استئثار

يقره القانون لشخص يكون له بمقتضاه اقتضاء أداء معين، والاستئثار فى هذه الحالة لاينصب على شئ معين كما هو الشأن بالنسبة للحق العينى ولكنه استئثار بأداء معين لا يستطيع الدائن الوصول إليه مباشرة، وإنما يستطيع ذلك عن طريق تدخل شخص آخر هو المدين.

وقد ينظر إلى الحق الشخصى من جانب الدائن (صاحب الحق) ويسمى بحق الدائنية، أى ما للدائن من حق قبل المدين. وقد ينظر إلى الحق الشخصى من جانب المدين، ويسمى هنا بالالتزام، أى التزام المدين بأداء معين قبل الدائن. وعلى ذلك فالحق الشخصى أو حق الدائنية يقابله التزام المدين فهما وجهان لعملة واحدة.

ثانياً : أنواعها:

وتتنوع الحقوق الشخصية بتنوع الأداء الذى للدائن الحق فى اقتضائه. وهذا الأداء يكون دائماً القيام بعمل معين من جانب المدين. وهذا العمل قد يكون إيجابياً وقد يكون سلبياً. والعمل الإيجابى هو ما يسمى بالالتزام بعمل، أما العمل السلبى فهو مايسمى بالالتزام بالامتناع عن عمل. ومع ذلك جرى الفقه على تقسيم ثلاثى للالتزام، التزام بإعطاء، والتزام بعمل، والتزام بامتناع عن عمل. ورغبة فى التبسيط سوف ندرس الأنواع الثلاثة للالتزام:

١ - الالتزام بإعطاء obligation de donner :

والالتزام بإعطاء هو الالتزام بنقل حق عينى على عقار أو منقول، أو الالتزام بإنشاء هذا الحق ابتداء[1]. ومثال ذلك التزام البائع أو الواهب بنقل ملكية الشئ المبيع أو الموهوب إلى المشترى أو الموهوب له. وقد يلتزم مالك عقار بإنشاء حق ارتفاق على عقاره لفائدة عقار آخر، أو يلتزم بدفع مبلغ من النقود كالتزام المشترى بدفع الثمن والتزام المستأجر بدفع الأجرة، والتزام من تسبب بخطئه فى الإضرار بالغير بتعويض المضرور نقداً. فالالتزام هنا محله نقل ملكية منقول، هو مبلغ من النقود إلى الدائن بائعاً أو مؤجراً أو مضروراً.

---

(1) A. Comaty, Du mode d'execution forcée des obligations de donner et de faire, th. Toulouse, 1976; W. Jeandidier, l'execution forcée des obligations contractuelles de faire, Rev. tri. dr. civ. 1976, 700.

غير أنه نظراً لما للنقود من طبيعة خاصة بوصفها أداة للتعامل، فإن الالتزام فى هذه الحالة يختص بأحكام خاصة تميزه عن بقية صور الالتزام بإعطاء.

٢ - الالتزام بعمل obligation de faire:

هو الالتزام الذى يكون مضمونه قيام المدين بعمل إيجابى معين لمصلحة الدائن[١]، كالتزام عامل بالعمل لدى شخص معين هو صاحب العمل بمقتضى عقد العمل، وكالتزام المقاول ببناء منزل لشخص معين بمقتضى عقد المقاولة، وكالتزام الممثل بالتمثيل فى رواية معينة بمقتضى اتفاق يبرم بينه وبين مدير المسرح، والتزام المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالعين المؤجرة، والقيام بالترميمات الضرورية.

٣ - الالتزام بالامتناع عن عمل obligation de ne pas faire:

هو الالتزام الذى يكون مضمونه عدم إتيان المدين لعمل معين يملك القيام به قانوناً[٢]. من ذلك التزام بائع المحل التجارى قبل مشتريه بعدم منافسته له عن طريق فتح محل مشابه فى منطقة معينة وخلال مدة معينة، والتزام الممثل عدم التمثيل إلا فى الأفلام التى تنتجها الشركة التى تعاقد معها طوال مدة العقد.

ثالثاً: مصادر الحقوق الشخصية:

وتتنوع الحقوق الشخصية وتتعدد صورها، وذلك على خلاف الحقوق العينية ولهذا نجد أن القانون قد حدد الحقوق العينية على سبيل الحصر، كما أنه نظم أحكام كل منها بينما لم يفعل ذلك بالنسبة للحقوق الشخصية، واكتفى فى شأنها ببيان مصادرها وهذه المصادر سوف تدرس فى السنة الثانية فى نظرية الالتزام. ولكن هذا لايمنع من أن نشير إليها فى إيجاز شديد.

١ - العقد:

وهو تلاقى إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانون معين. وللأفراد فى هذا المجال سلطان واسع، إذ لهم أن ينشئوا ما شاؤوا من الحقوق دون أى قيد عليهم فى هذا الصدد إلا مراعاة النظام العام والآداب.

---

(١) انظر نبيل سعد، المصادر، المرجع السابق، ص ١٤ ومابعدها.

(٢) المرجع السابق.

٢ - الإرادة المنفردة:

وقد تكون للإرادة الواحدة القدرة على إنشاء حق شخصى. وهذا ما نص عليه القانون المدنى عندنا فى حالة الوعد بجائزة فإذا ما وجه شخص إلى الجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين، التزم بإعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل قبل الواعد، ومصدر هذا الحق إرادة الواعد المنفردة.

٣ - العمل غير المشروع:

والعمل غير المشروع أو الفعل الضار يعتبر مصدراً للحق الشخصى على أساس أن «كل خطأ سبب ضرر للغير يلتزم من ارتكبه بالتعويض (م ١٦٣ مدنى مصرى)، أى أنه ينشأ للمضرور حق فى التعويض.

٤ - الإثراء بلا سبب:

وهو مايسمى كذلك بالفعل النافع، فى هذه الحالة كل شخص أثرى بدون سبب مشروع على حساب شخص آخر يلتزم فى حدود ما أثرى به بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة (م ١٧٩ مدنى مصرى ومابعدها).

٥ - القانون:

من الحقوق الشخصية ما ينشأ مباشرة بمقتضى قاعدة قانونية مثل التزام الأب بالإنفاق على أبنائه.

المطلب الثالث

التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي

وهنا سنعرض لعناصر التفرقة، ثم نبين محاولة بعض الفقهاء هدم هذه التفرقة، وأخيراً نبين نتائج هذه التفرقة:

أولاً: عناصر التفرقة:

سبق أ رأينا أن الحق العينى استئثار يقره القانون لشخص من الأشخاص ويكون له بمقتضاه التسلط على شئ معين للحصول على كل أو بعض المنافع أو المزايا التى يخولها هذا الحق. أما الحق الشخصى فاستئثار يقره القانون لشخص من الأشخاص يكون له بمقتضاه اقتضاء أداء معين من شخص آخر. ويتضح من ذلك أن الحق العينى يعطى لصاحبه سلطة مباشرة على

شئ معين، أما في الحق الشخصي نجد أن الاستئثار لاينصب على شئ معين ولكنه استئثار بأداء معين لا يستطيع الدائن الوصول إليه مباشرة، وإنما يستطيع ذلك عن طريق تدخل شخص آخر هو المدين. على ذلك نجد أن الفارق بين الحق العيني والحق الشخصي يكمن في العناصر المكون لكل منهما. ففي الحق العيني يوجد عنصرين : شخص هو صاحب الحق، وشئ هو محل الحق. بينما في الحق الشخصي يوجد ثلاثة عناصر : طرف إيجابي هو صاحب الحق أو الدائن، وطرف سلبي هو المدين وهو المحمل قبله بالالتزام، ومحل الحق وهو العمل أو الامتناع عن عمل الملتزم به الطرف السلبي.

وقد بذلت محاولات من جانب بعض الفقهاء لهدم هذه التفرقة التقليدية إما عن طريق تقريب الحق العيني من الحق الشخصي، وإما عن طريق تقريب الحق الشخصي من الحق العيني، وإما بمحاولة إعطاء تعريف جديد للملكية والحقوق العينية.

ولنر باختصار لهذه النظريات:

ثانياً : الخلاف حول التفرقة بين الحق العيني والحق الشخصي:

وهنا سنعرض للنظرية الشخصية، وهي التي تقرب الحق العيني من الحق الشخصي، وللنظرية الموضوعية، وهي التي تقرب الحق الشخصي من الحق العيني، وأخيراً لنظرية جينوسار.

١ - النظرية الشخصية: تقريب الحق العيني من الحق الشخصي:

هذه النظرية قال بها الفقيه الفرنسي بلانيول[1]، في أواخر القرن التاسع عشر وفي أوائل القرن العشرين. وهذا الفقيه بدأ من تعريف للحق العيني قال به أوبرى ورو Aubry et Rau ، حيث قالا إنه «يوجد حق عيني عندما يوجد شئ خاضع، كلياً أو جزئياً، لسلطة شخص معين بما له من رابطة مباشرة rapport immédiat، يحتج بها في مواجهة كل شخص آخر»[2]. ومن هنا انطلق بلانيول ليقرر أن القانون لاينظم إلا الروابط التي توجد بين

(1) M. Planiol. Traité élémentaire de droit civil. lre éd. 1897.

(2) Aubry et Rau, t. II, 5e éd., s 172, p. 72.

الأشخاص[1]. وهذه الرابطة لا يمكن أن توجد بين شخص وشئ، فهذا ليس له معنى. فكل حق، بحسب تعريفه، رابطة بين الأشخاص. ولو طبقنا هذه البديهية على الحق العينى سنجد فيه عناصر ثلاثة كالحق الشخصى، صاحب الحق، وهو المالك مثلاً، ومحل الحق، وهو الشئ الذى يرد عليه الحق، وعنصر سلبى وهو من عليه الحق، أى المدين. وهذا العنصر الأخير هم كافة الناس عدا صاحب الحق، إذ أنهم يلتزمون بالتزام سلبى باحترام هذا الحق والامتناع عن التعرض لصاحبه. وهذا العنصر بالذات هو الذى أغفله التعريف التقليدى. ويخلص من ذلك إلى أن الحق العينى رابطة ملزمة بين صاحب الحق ومن عداه من الناس، وهو فى ذلك شأنه شأن الحق الشخصى. والفارق الوحيد بينهم هو أن الطرف السلبى فى الحق العينى، وهو المدين، ليس محدداً كما هو الشأن بالنسبة للمدين فى الحق الشخصى، ولكنه فى جميع الأحوال قابل للتحديد فيما بعد. فالرابطة التى تلزم الكافة ما عدا صاحب الحق تتضح حينما يعتدى أحد على الحق العينى، فحينئذ يتحدد من عليه الحق ويبدو كأنه قد أخل بالتزام كان واقعاً عليه. وعلى ذلك لا محل للمقابلة بين الحق العينى والحق الشخصى.

- **نقدها : هذه النظرية تخلط بين فكرة الالتزام وفكرة الاحتجاج:**

ويمكن إيجاز الانتقادات التى وجهت إلى هذه النظرية فيما يلى:

أولاً : أن نقطة الانطلاق التى انطلق منها غير سليمة، حيث أنه لم يعرف أحد الحق العينى بأنه رابط بين الشخص والشئ محل الحق، لأن الروابط لا تقوم فى الواقع إلا بين أشخاص[2]، ولكن التعريف المستقر فى الفقه التقليدى والحديث للحق العينى بأنه سلطة لشخص معين على شئ معين.

ثانيا : إن قياس الرابطة التى تربط بين المدين والدائن فى الحق الشخصى والرابطة التى تربط صاحب الحق العينى ومن عداه من الناس

---

(1) Traité élémentaire ... t. I, 4e éd., 1906, no. 2159.

(٢) انظر :

J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., no 219, p. 166.

قياس مع الفارق. فالالتزام الذى يقع على عاتق الناس كافة باحترام الحق العينى ليس التزاماً محدداً من شأنه أن يوجد رابطة معينة بين صاحب الحق وغيره من الناس. بينما التزام المدين فى الحق الشخصى التزام واضح ومحدد، ولا يمكن للدائن الحصول على حقه إلا بتدخل المدين. ويترتب على ذلك أن الواجب العام الذى يقع على الكافة لا يعتبر عنصراً من عناصر الذمة المالية لأحد. أما الواجب الخاص فى حالة الحق الشخصى فإنه يعد عنصراً من عناصر الذمة المالية فى جانبها السلبى بالنسبة للمدين ويقابله الحق كعنصر من عناصر ذمة الدائن فى جانبها الإيجابى.

كما أن الواجب العام فى الحق العينى لا يتصور إلزام الكافة به إلا بالنسبة إلى حق كامل قائم، فهو لايمكن إذاً أن يكون من العناصر المكونة للحق العينى، بينما التزام المدين فى الحق الشخصى عنصر لايقوم هذا الحق بدونه.

والقول بأن الاعتداء على الحق العينى يؤدى إلى ظهور شخص معين يلتزم بالتعويض، فإن هذا الشخص لم يكن مديناً فى الحق العينى، وإنما هو مدين فى الحق بالتعويض. وهذا حق شخصى نشأ لصاحب الحق العينى المعتدى عليه وتتمثل فيه الحماية القانونية للحق العينى وغيره من الحقوق.

ثالثاً : إن القول بالواجب العام على الكافة ما عدا صاحب الحق باحترام الحق العينى فيه خلط بين فكرة الالتزام وفكرة الاحتجاج بالحق[1]، فهذا الواجب العام متوافر بالنسبة لكافة الحقوق، بما فيه الحق الشخصى ذاته. فالكافة يلتزم بالامتناع عن التعرض لصاحب الحق أياً كان، سواء أكان صاحب حق عينى أم صاحب حق شخصى، وإذا ما وقع منهم إخلال بهذا الواجب العام التزموا بالتعويض فهذا يمثل فكرة الاحتجاج بالحقوق لا علاقة التزام بين الأشخاص[2]، بالمعنى الفنى الدقيق.

---

(١) وهذا ما قرره بلانيول نفسه بصدد تعريف أوبرى ورو بأن هذا التعريف يكشف بوضوح عن الاحتجاج بالحق فى مواجهة الكافة (المرجع السابق، فقرة ٢٥١٢ هامش ١).

(٢) وهذا ما قرره الفقه الحديث. انظر:

Marty et Raynaud, introduction générale, no 304, Starck, introduction no 1888 et s., Mazeaud et De Juglart, t. I, vol. =

ويتضح مما سبق أن هذه المحاولة لم تنجح فى زعزعة أساس التفرقة التقليدية بين الحق العينى والحق الشخصى.

٢ - النظرية الموضوعية: تقريب الحق الشخصي من الحق العيني:

وهذه النظرية تزعمها فون جرك فى ألمانيا، وسالى فى فرنسا. ونقطة البداية عند هذه النظرية أن الحقوق المالية جميعها، عينية كانت أم شخصية، عبارة عن عناصر فى الذمة المالية، لذلك فهى تتساوى فى أنها قيم مالية. فهذه النظرية تركز على محل الحق لا أطراف الحق. فالحق الشخصى لاينظر إليه على أنه رابطة بين شخصين، بل على أنه رابطة بين ذمتين، عنصر مالى فى الذمة ترد عليه سائر التصرفات التى ترد على الحق العينى، من بيع ورهن وهبة وغير ذلك. فالحق الشخصى قيمة مالية يتجرد عن شخص الدائن وعن شخص المدين وهذا ما يقربه من الحق العينى.

وإذا كان هذا المذهب له الفضل فى إظهار القيمة المالية للحق الشخصى وما ترتب عليه من مرونة فى المعاملات وسرعة فى تداول الأموال، وبصفة خاصة عن طريق حوالة الحق وحوالة الدين والاشتراط لمصلحة الغير، إلا أن ذلك ليس من شأنه أن يهدم التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى. فمازال هناك فارق جوهرى بين الحقين، حتى لو نظرنا إليهما من حيث موضوعهما فحسب. فى الحق العينى يستطيع صاحبه أن يباشر سلطته على محل الحق مباشرة دون وسيط، أما فى الحق الشخصى لايستطيع الدائن الوصول إلى حقه إلا عن طريق المدين. فالمدين عنصر جوهرى فى الالتزام لايتصور قيام الالتزام بدونه. كما أنه فى بعض الصور تكون شخصية المدين محل اعتبار بحيث يستمد منها محل الحق قيمته المالية، فالتزام فنان برسم لوحة معينة أو مثال بنحت تمثال أو مهندس بعمل تصميم أو طبيب بإجراء عملية جراحية، ففى كل هذه الصور كان لشخص المدين وما توفر له من مؤهلات وشهرة وسمعة محل اعتبار فى نظر الدائن لقيام المدين بنفسه بتنفيذ هذا الالتزام.

= I, Introduction, no 166; Weill, Introduction générale, no 209, Flour et Aubert, les obligations, vol. 1, no. 16, J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., no. 219.

وعلى ذلك فإن إبراز أهمية محل الحق، أياً كان، باعتباره قيمة مالية لايحجب الفارق الهام بين الحق العينى والحق الشخصى.

٢ - نظرية جينوسار: تعريف جديد للملكية والحقوق العينية[١]:

قام جينوسار بتصنيف جديد للحقوق أدى إلى قلب التفرقة بين الحق العينى والحق الشخصى رأساً على عقب[٢]. هذا النظام الجديد يرتكز على مقترحين أساسيين:

(١) إن حق الملكية لايمكن تعريفه، كما يجرى غالباً، بأنه السلطة المعترف بها لصاحب الحق فى الحصول على كل المزايا التى يمكن أن يخولها الشئ. إذا كان الأمر كذلك فكيف نفسر الحالة التى يعطى فيها الشخص صفة المالك فى الوقت الذى يفقد فيه الاتصال المادى بالشئ (كما فى حالة تأجير الشئ)، أو عندما لا يكون له كل السلطات على هذا الشئ (كما هو الحال بالنسبة لتجزئة الملكية، كتقرير حق ارتفاق مثلاً). وعلى ذلك فإذا كان حق الملكية يمكن أن يكون غير كامل وغير دائم، فإنه سيكون دائماً المتبقى من ذلك "résideuaire"، أى أنه سيخول المالك كل المزايا بخلاف التى اعترف بها أو تم التنازل، جزئياً أو موقتاً، لأصحاب الحقوق الأخرى على الشئ أو بالنسبة له[٣]. وعلى ذلك فإن التعريف التقليدى يعجز عن تفسير كل ذلك. ومن هنا اقترح جينوسار فكرة جديدة. نقطة الانطلاق عنده أنه إذا كان حق الملكية ليس إلا سلطة معينة لشخص معين على شئ معين فإنه معنى ذلك أن حق الملكية عبارة عن «علاقة بمقتضاه يكون شئ معين يخص شخص معين، بحيث يكون خاص به، يكون ماله».

---

(١) انظر فى عرض هذه النظرية:

J. Ghestin, G. Goubeaux, op. cit., no. 220, p. 168.

وانظر فى عرض هذه النظرية فى الفقه المصرى برهام محمد عطا الله، فى مقدمة علم المعاملات، استنسل ١٩٦٥، وفى مدخل إلى حق الملكية والحقوق العينية فى القانونين المصرى واللبنانى، الدار الجامعية، ١٩٩٢، ص ٣٠ ومابعدها.

(2) S. Ginossar, Droit réel, propriété et creance; élaboration d'un systéme rationnel des droits patrimoniaux, L.G.D.J. 1960.

(3) ibid., p. 32.

وعلى ذلك فإن علاقة الاختصاص أو الاستئثار هذه توجد أيضاً فى الحق الشخصى. السلطة فى اقتضاء أداء معين من آخر، الأداء المستقبل ذاته بحسب مآله يشكل قيمة يختص بها الدائن. يترتب على ذلك أن «حق الدائنية يعتبر مالاً يختص الدائن ويظهر في ذمته المالية كأثر لحق ملكية»[1]. ألا يستطيع الدائن أن يحيل حقه كما يفعل مالك العقار عندما يبيع هذا العقار؟ فحق الدائنية يتركب إذن من حقين: أحدهما يمثل السلطة فى مواجهة المدين، والآخر الملكية للحق السابق[2].

وهذا ما يفسر أن حق الدائنية، حق نسبي من زاوية أن هناك شخص واحد هو الملتزم، ويكون فى نفس الوقت حق مطلق، يحتج به فى مواجهة الكافة، من زاوية أنه مالك لهذا الحق. ولذلك فإن الدائن يستطيع، فى علاقته مع الغير، أن يتطلب منهم احترام حقه. لكن العلاقة الأخرى، وهى رابطة الالتزام والتى يتعاصر وجودها مع الملكية، تربط فقط الدائن بالمدين.

٢ - إن النظرية التقليدية تجمع تحت مصطلح واحد، الحقوق العينية. وهذا المصطلح يشمل على حد سواء حق الملكية للأشياء المادية والحقوق المتفرعة عن حق الملكية. هذه الحقوق الأخيرة ينظر إليها أيضاً على أنها ترد مباشرة على الأشياء. بعد هذه التجزئة، نجد أن هذا الحق أو هذه الحقوق العينية المتفرعة عن الملكية والحق «المتبقى» من الملكية لهم أصحاب مختلفين. كل واحد من هؤلاء يمارس مكنات مباشرة علي الشئ ويمكن له أن يحتج بحقه فى مواجهة الكافة.

وعلى ذلك فإن هذا التشبيه بين حق ملكية شئ خاص والحق العينى على شئ مملوك للغير (المالك هنا هو صاحب الحق المتبقى) يعتبر غير صحيح. فالملكية علاقة اختصاص، قابلة للاحتجاج بها على الكافة. لكن العلاقات بين صاحب الحق على شئ مملوك للغير والمالك لهذا الشئ ليست لها نفس الطبيعة. فحق الارتفاق بالمرور مثلاً، يخول صاحبه المرور فى أرض الغير. مالك هذه الأرض ليس مركزه كأى شخص من الغير الذى

---

(1) Ibid., p. 35.
(2) ibid., p. 85. 86.

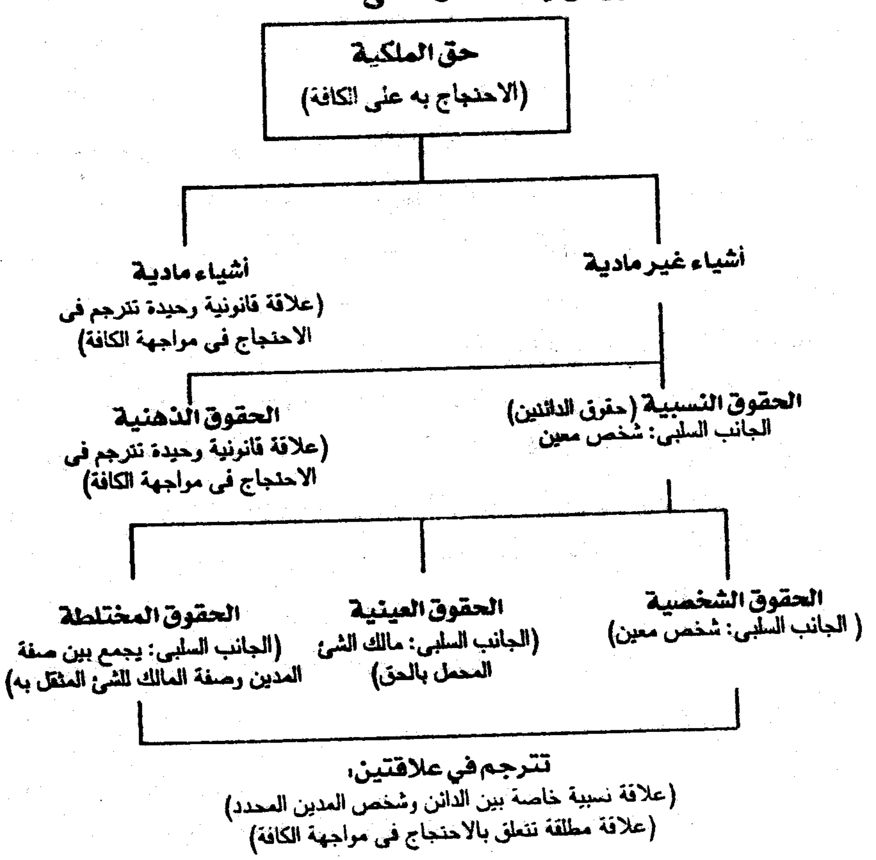
يحتج فى مواجهته بهذا الحق، فهو ملتزم بأن يسمح بالمرور من عنده، فهو يتحمل بعبء مماثل للذى يقع على عاتق مدين معين، فهو ملتزم. والدليل على ذلك أنه يمكن أن يكون ملتزماً بأداءات إيجابية، كصيانة الطريق (م ٦٩٨، ٦٩٩ مدنى فرنسى)، وهذا يبعده تماماً عن الموقف السلبى المتطلب من الغير. من ناحية أخرى، فإنه من الممكن تماماً أن يلتزم شخص، بصفة شخصية، بالسماح لجاره بالمرور من عنده. فما هو إذن الفرق بين حق الدائنية الذى ينشأ من هذا التعهد والحق العينى بالإرتفاق؟! فى الحالة الأولى المدين شخص معين ومحدد، بينما فى الحالة الثانية الشخص الملتزم هو مالك الأرض، بصفته مالك، بمعنى أن كل من سيصبحون من بعده ملاكاً لهذه الأرض سيلتزمون بدورهم بنفس هذا الالتزام، لأنه متعلق بملكية شئ معين. وعلى ذلك فإن الحقوق العينية المقررة على شئ مملوك للغير تعتبر إذن حقوق دائنية، وجه الخصوصية فيها طريقة تعيين المدين. ولذلك فإن هذه الحقوق تتضمن، كما فى حقوق الدائنية، علاقة مزدوجة: رابطة نسبية تربط بين الدائن والمدين (التزام)، ورابطة مطلقة للدائن فى مواجهة الغير (الاحتجاج).

وهكذا لايمكن أن تعامل الملكية بنفس الطريقة التى تعامل بها الحقوق العينية المقررة على شئ مملوك للغير. وإنما يجب أن نحتفظ لهذه الحقوق بتسمية «الحقوق العينية». أما الملكية فهى الحق المطلق، الذى يعبر عن رابطة قانونية الطرف السلبى فيها، دائماً، الناس أجمعين .. وهذا يضعها فى أعلى مستوى ويندرج تحتها جميع الحقوق دون استثناء.

- النتيجة: تصنيف مبتكر للحقوق المالية:

وعلى ذلك توجد الملكية التى ترد على الأشياء المادية وغير المادية، كالحقوق العينية (الحقوق العينية المقررة على شئ مملوك للغير طبقاً للفقه التقليدى)، وحقوق الدائنية. يضاف إلى هذه الحقوق المالية الحقوق المختلطة "Les droits mixtes"، وهى من نفس طبيعة حقوق الدائنية، لكن الشخص الملتزم يتم تعيينه فيها بشخصه وبصفته مالك الشئ فى نفس الوقت، مثل ذلك حق الدائن المرتهن. ويضاف إلى هذه الطائفة أيضاً الحقوق الذهنية، التى ترد على أشياء معنوية مجردة، من خلق الذهن ونتاج الفكر.

يخلص من كل ذلك إلى نظام عقلانى للحقوق المالية: الملكية باعتبارها علاقة اختصاص أو استئثار، يحتج بها فى مواجهة الكافة. هذه الملكية يمكن أن ترد على أشياء مادية وأشياء غير مادية. والأشياء غير المادية يمكن أن تشمل الحقوق الذهنية أو حقوق نسبية (حقوق دائنية) والتي تعطى لصاحبها سلطة اقتضاء أداء إيجابى أو سلبى من شخص آخر. هذه الحقوق النسبية يندرج تحتها ثلاث طوائف من الحقوق، حقوق شخصية. حقوق عينية، حقوق مختلطة. وعندما يتعلق الأمر بحق ملكية يرد على شئ معين أو حق ذهنى، فإنه يتضمن علاقة قانونية وحيدة تترجم بالاحتجاج فى مواجهة الغير. على العكس من ذلك، عندما يكون محلها حق نسبي فإنه يتضمن علاقتان : علاقة خاصة بين الدائن وشخص المدين المحدد، علاوة على العلاقة المطلقة وهى التى تترجم بالاحتجاج فى مواجهة الغير. ويمكن التصنيف لهذه الحقوق أن يأخذ الشكل التالى:



- تقدير هذه النظرية[1]:

ليس هنا مجال لمناقشة تفصيلية لنظرية جينوسار وإنما سنكتفى فقط بإبداء بعض الملاحظات:

أولاً : أن إعادة تصنيف الحقوق على هذا النحو، والتعريف الجديد لحق الملكية والحقوق العينية يمثل انقطاعاً مع الماضى، ويؤدى بالتالى إلى زعزعة أنظمة قانونية كثيرة مستقرة قانوناً وفقهاً وقضاءً دون فوائد عملية أو نتائج قانونية ملموسة. وهذا ما سنراه الآن.

ثانياً : إن فكرة ملكية حقوق الدائنية ينتج عنها بوضوح أن حق الدائنية يعتبر مالاً بحيث يكون لصاحبه التصرف فيه، وهذا لم يشكك أحد فيه فى أى وقت؟ فالقول هنا بحق الملكية هل أضاف شيئاً إلى فكرة غاية فى التقليدية للحق المالى؟

ثالثاً : القول إذن بأن الدائن يمكن أن يتصرف فى حقه، ليس فيه أى اكتشاف جديد. فحقوق الدائنية تظهر فى الجانب الإيجابى للذمة المالية، والمبدأ المؤكد فى هذا الصدد هو قابلية الحقوق المالية للتصرف فيها. لذلك فإنه ليس هناك مجال للشك بأن حقوق الدائنية تشكل أموالاً. ربما استخدام كلمة ملكية هنا يبرز هذا الجانب بصورة أفضل. لكن ما سنكسبه من جانب سنخسره من جانب آخر. إذ فى الواقع سيبقى ما يميز حق الملكية (بالمعنى الذى أعطاه له جينوسار) بأنه يرد على أشياء مادية. ولايكفى القول هنا بوجود رابطة الاختصاص أو الاستئثار التى يكون بمقتضاها لصاحبه أن يقول هذا يخصه أو هذا ماله. لأن هذا الاختصاص أو الاستئثار سيكون، شئنا أم أبينا، فكرة فارغة إذا لم تترجم بسلطات معينة. وعلى ذلك فإن كلام جينوسار عن الاختصاص أو الاستئثار بالأموال المادية سيؤدى بالضرورة إلى إدخال «فكرة السلطات على الشئ» التى استبعدها من تعريفه من البداية.

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك:
J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., no. 222, p. 171 et s.

لكن هذه «السلطات على الشئ» والتى مازالت فى حاجة إلى تعريف
ده» هى التى وضعت الملكية فى أعلى مستوى، وبالرغم من كل ذلك
يجعلها على قدم المساواة مع الحق الشخصى المالى. ولذلك فإن المصطلح
التقليدى يحتفظ «للملكية» بمعنى محدد، وهو الاحتجاج فى مواجهة الكافة
بالسلطات الكاملة على شئ معين. فهو يميز هذا الحق بوضوح[1].

رابعا : إن فكرة الاحتجاج فى مواجهة الكافة بحق الدائنية، والتى
اعتبرها جينوسار لغزاً محيراً عجز الفقه التقليدى عن تفسيره، تعتبر إحدى
الخصائص المميزة لكل الحقوق الشخصية. فهذه الفكرة تجعل لصاحب الحق
مجالاً من السلطات غير قابل للاختراق من الغير[2].

ونكتفى هنا بهذا القدر حتى لانخرج عن نطاق دراستنا ونحيل إلى
المراجع المتخصصة للوقوف على المزيد من التفصيلات. ولكن يجب أن
نختم هذه الدراسة بأن نقرر أن التفرقة التقليدية بين الحقوق العينية والحقوق
الشخصية والحقوق الذهنية وحقوق الشخصية (أو اللصيقة بالشخصية)
مازالت، بالرغم مما ثار بصددها من صعوبات، صالحة كأساس لدراسة
نظرية الحق، وخاصة لما يترتب على التفرقة بين الحق العينى والحق
الشخصى من نتائج عملية فى غاية من الأهمية. وهذا هو موضوع الفقرة
التالية.

ثالثاً: نتائج التفرقة بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية:

ونظراً لاختلاف العناصر المكونة لكل من الحق الشخصى والحق العينى
فإنه ترتب على ذلك عدة نتائج:

١ – تتميز الحقوق العينية بأنها واردة على سبيل الحصر بينما الحقوق
الشخصية فهى متعددة ومتنوعة، وينشئ الأفراد منها ما شاءوا فى حدود
النظام العام والآداب وكل ما فعله المشرع بصددها أن حدد فقط
مصادرها كما سوف نرى.

٢ – الحق العينى يتركز فى شئ معين بالذات، إذ أنه يخول صاحبه سلطة
مباشرة على هذا الشئ. أما الحق الشخصى فمحله عمل المدين أو

---

(١) انظر فى ذلك:

Dabin, une nouvelle définition du droit réel, Rev. trim. dr. civ. 1962, p. 20 et s.

(٢) انظر :

J. Ghestin et G. Goubeaux, op. cit., no. 189. p. 134.

امتناعه عنه لذلك لايصل الدائن الى حقه إلا عن طريق المدين وتنفيذه التزامه.

٣ - وحيث إن الحق العينى يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشئ، فالأصل فيه أن يبقى ما بقى الشئ أى دائم ذلك ما لم يقرر القانون توقيته لظرف أو آخر، شأن حق الانتفاع وحق الاستعمال أو السكنى وحق الحكر، أو انقضاء الحقوق العينية التبعية بانقضاء الالتزام الذي تقوم على ضمان الوفاء به. بينما الحق الشخصى محله القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. فإنه يحد من حرية المدين فلذلك يقتضى أن يكون مؤقتاً لأنه لايجوز تأبيد الالتزامات بما يكون من شأنه الحد من حرية الشخص إلى الأبد.

٤ - وحيث إن الحقوق العينية واردة على أشياء مادية. فإنه يتصور حيازتها وبالتالى اكتسابها بالتقادم. فى حين أن موضوع الحق الشخصى هو أمر معنوى، هو عمل أو امتناع عن عمل فلا يتصور حيازتها وبالتالى اكتسابها بالتقادم.

٥ - الحق العينى ينصب مباشرة على شئ مادى موجود ومعين بالذات بينما الحق الشخصى محله عمل إيجابى أو سلبى وبالتالى يمكن أن يكون متعلقاً بشئ مستقبل أو شئ معين بالنوع أو المقدار دون أن يكون معيناً بالذات.

٦ - وحيث إن الحق العينى يخول صاحبه سلطة مباشرة على الشئ ويمكنه من الحصول مباشرة على المزايا التى يخولها هذا الحق ودون توقف على أحد فإنه بالتالى يمكنه النزول عنه بإرادته المنفردة ودون توقف على رغبة شخص آخر. بينما فى الحق الشخصى يكون للدائن اقتضاء أداء معين من المدين فإذا أراد النزول عن هذا الحق فإنه يتطلب موافقة المدين على هذا الإبراء أو على الأقل علمه به وعدم رفضه له. والسبب فى ذلك هو أنه قد يكون فى إبراء المدين من التزامه دون موافقته مساس بكرامته بخلع المنة والفضل عليه.

٧ - الحق العينى يخول صاحبه ميزة أو حق الأفضلية، وكذلك يخول ميزة أو حق التتبع، وهذا بخلاف الحق الشخصى.

وتتحقق الأفضلية على الحق العينى أصلياً كان أو تبعياً. بثبوت الأولوية لصاحبه على من يزاحمه فى الإفادة من الشئ. ويبرز هذا بالنسبة لأصحاب الحقوق العينية التبعية فى تزاحمهم مع غيرهم من الدائنين العاديين حيث

يتقدم صاحب الحق العينى التبعى على بقية الدائنين العاديين والدائنين التالين له فى المرتبة فى استيفاء حقه من المقابل النقدى للشئ محل الحق العينى التبعى دون مراعاة لما اذا كان يبقى من هذا المقابل بعد ذلك بما يفى بديون الآخرين كلها أو بعضها، أو لا يبقى منه شئ البتة. أما بالنسبة للدائن العادى صاحب الحق الشخصى فإنه لايتمتع بأى أفضلية عن الدائن اللاحق وإنما الكل يتزاحم على ثمن بيع أموال المدين بما يتضمنه ذلك من حطر عدم استيفائهم لحقهم كاملاً إذا كانت قيمة الأموال المباعة لاتكفى لسداد كل ديونهم.

أما حق التتبع، فإنه يثبت لصاحبه الحق العينى أصلياً كان أو تبعياً بحيث يكون لصاحبه أن يتتبع الشئ محل الحق العينى فى أى يد تكون، فى يد الحائز أو السارق. بينما صاحب الحق الشخصى لايستطيع تتبع الشئ إذا ما خرج من يدى المدين لأن حقه لا يرد على شئ معين من أموال المدين وإنما له حق فى الضمان العام المتعلق بكل أموال المدين عند التنفيذ ولذلك إعطاء حق التتبع للدائن العادى صاحب الحق الشخصى غير متصور لأن ذلك سيؤدى إلى شلل المعاملات والتجارة حيث أن أموال المدين التى كانت موجودة فى ذمته وقت نشوء حق الدائنية ستتجمد بين يديه نتيجة استعمال حق التتبع. هذا يؤدى بطبيعة الحال إلى نزع كل ثقة وائتمان عن المدين وبالتالى حرمانه من حريته فى التصرف بل ومن أهليته.

إذا كانت هذه هى أهم الفروق بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية مع ذلك فإنه كثيراً ما يؤدى الحق الشخصى إلى اكتساب حق عينى.

مثال ذلك أن يشترى شخص عقار من آخر ففى هذه الحالة لا تنتقل الملكية إلا إذا تمت إجراءات التسجيل على ذلك فإنه فى الفترة ما بين إبرام العقد إلي تمام إجراءات التسجيل لا يكون المشترى إلا حق شخصى قبل البائع بأداء عمل يتمثل فى القيام بالإجراءات اللازمة لنقل الملكية إلى المشترى فإذا تمت هذه الإجراءات تملك المشترى العقار وأصبح له حقاً عينياً عليه.

كذلك لو أن المشترى اشترى من آخر عشرون أردباً من القمح دون تعيين لها. فى هذه الحالة لايكون للمشترى إلا حق شخص يخوله أن يطالب البائع بإفراز العشرين أردب وتسليمها له. فإذا تم إفرازها انتقلت الملكية للمشترى وأصبح له عليها حق عينى. كما لو كان المشترى قد اشترى من البائع عشرون أردباً من القمح مفرزة ومحددة عند إبرام العقد.

المبحث الثالث
الحقوق الذهنية أو حقوق الملكية الفكرية

تمهيد:

سبق أن أكدنا أن تقسيم الحقوق إلى حقوق مالية وحقوق غير مالية يعتبر تقسيماً غير قاطع وغير حاسم حيث أن هناك من الحقوق ما يوجد على الحدود بين الطائفتين. فقد أدى التطور فى المجالات المختلفة، وخاصة فى مجال العلوم والآداب والفنون، إلى ظهور النتاج الذهنى والفكرى للإنسان. وقد استتبع ذلك تطوراً فى الصياغة القانونية فظهر ما يسمى بالحقوق الذهنية Les droits intellectuels.

وأهم ما يميز هذه الحقوق أنها ترد على أشياء معنوية غير محسوسة من خلق الذهن ونتاج الفكر، فيثبت لصاحب الحق الذهنى أو الفكرى أبوة هذا الإبداع أو الإبتكار ونسبته إليه وحده، كما يعطيه أيضاً حق استغلاله استغلالاً مالياً يكفل له الحصول على ثمراته[1].

أولاً: الخلاف حول طبيعة الحقوق الذهنية:

هذه الحقوق أثارت خلافاً فقهياً حاداً حول تكييفها. فأول المحاولات اتجهت إلى إدخالها فى التقسيمات التقليدية الموجودة من قبل، ولذلك أطلق عليها اسم «الملكية الأدبية أو الفنية أو الصناعية». ثم ما لبث أن استدرك الفقه اختلاف طبيعة هذه الحقوق عن حق الملكية فى المفهوم التقليدى ولذلك أطلق عليها فيما بعد اسم «الحقوق المعنوية أو الأدبية» ثم شاع بعد ذلك استخدام مصطلح «الحقوق الذهنية» فى الفقه ثم كتبت الغلبة أخيراً لمصطلح «حقوق الملكية الفكرية»، وذلك بسبب تبنى الإتفاقية العامة للتجارة والتعريفات (إتفاقية الجات) لهذا المصطلح السائد فى المدرسة الأنجلوأمريكية. وفى إطار التزام مصر بهذه الإتفاقات وباعتبارها عضواً فى منظمة التجارة العالمية فيما بعد أصدرت تشريعاً يحمل نفس هذا المصطلح وهو القانون رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢[2].

---

(١) حسين كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٤٤ ص ٢٦٢.

(٢) الجريدة الرسمية، العدد ٢٢ (مكرر)، فى ٢٠٠٢/٦/٢.

لكن فيما وراء الاختلاف حول المصطلحات هناك خلاف فقهى حول طبيعة الحقوق الذهنية ذاتها[1]. فى البداية اتجه جانب من الفقه والقضاء إلى إعتبار أن الحق الذهنى يعتبر نوعاً من الملكية، وذلك على إعتبار أن هذا الحق يعطى لصاحبه سلطات معينة على شئ معنوى، وهو نتاجه الذهنى والفكرى ولذلك سميت «بالملكية الأدبية أو الفنية». والخلاف بين الملكية العادية والملكية الأدبية ينحصر - فى نظرهم - فى طبيعة الشئ الذى يرد عليه كل منهما. ففى الملكية العادية حق الملكية يرد على شئ مادى، أما فى الملكية الأدبية أو الفنية الحق يرد على أشياء غير مادية. وقد كان ومازال لهذا الاتجاه صداه فى مجال التشريعات والإتفاقات. فقد كان التقنين المدنى القديم يعتبرها صراحة من حقوق الملكية، حيث كان ينص على أن «يكون الحكم فيما يتعلق بحقوق المؤلف فى ملكية مؤلفاته حسب القانون الخاص بذلك». كما أن إتفاقية باريس ١٨٨٣ الخاصة بحماية الملكية الصناعية من علامات تجارية وبراءات إختراع ورسوم ونماذج صناعية كرست نفس هذا الاتجاه. وأخيراً كرست إتفاقية الجات هذا المفهوم.

هذا الرأى السائد كان محل إنتقادات كثيرة من جانب الفقه الغالب. أول هذه الإنتقادات أن اعتبار الحقوق الذهنية من قبيل الملكية يخرج الملكية عن معناها الفنى التقليدى باعتبارها لا ترد إلا على الأشياء المادية. ثانياً: أنه لو أمعنا النظر سنجد أن الحقوق الذهنية تختلف إختلافاً جوهرياً عن حق الملكية بالمعنى الفنى من عدة نواح: فمن ناحية نجد أن جوهر حق الملكية الاستئثار الحاجز لصاحبه فى حين أن الحق الذهنى فى جوهره لايمكن استعماله إلا من خلال وضع الإنتاج الفكرى تحت تصرف الكافة ليتداوله الناس فيما بينهم. ومن ناحية ثانية أن حق الملكية يرد على أشياء مادية مما إنعكس على طبيعته مما جعله يتسم بالدوام، فى حين أن استغلال غالبية الحقوق الذهنية موقوت دائماً بزمن يحدده القانون. ومن ناحية ثالثة نجد أن

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك، محمد على عرفة، حق الملكية، ج ١، فقرة ٣٧٤، ص ٢٩٨ ومابعدها.

الحقوق الذهنية تتضمن جانباً معنوياً غير مالى يتصل إتصالاً وثيقاً بشخصية صاحبه مما كان له إنعكاسه على الجانب المادى فى الحق - وهو الذى يخول لصاحبه الاستغلال المالى لحقه الذهنى - كأن يمنع نشره مرة أخرى أو يسحبه من التداول وغير ذلك من أمور لا تتوافر البتة فى حق الملكية بالمعنى التقليدى.

ولذلك فإن الاتجاه الذى كان سائداً فى الفقه اللاتينى يرى أن حق المؤلف ليس حق ملكية، وإنما هو حق من نوع خاص ذو طبيعة مزدوجة وينطوى على جانبين : جانب معنوى أو أدبى، وجانب مادى أو مالى. وقد كان لهذا الاتجاه إنعكاساً واضحاً على واضعى التقنين المدنى الحالى بإعراضه عن تسمية هذه الحقوق بالملكية لذلك قد حرص المشرع على النص فى المادة ٨٦ من التقنين المدنى المصرى على أن «الحقوق التى ترد على شئ غير مادى تنظمها قوانين خاصة» كما أن المشرع فى القانون الخاص بحماية حق المؤلف رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ لم يستعمل مصطلح الملكية وإنما أقر الطبيعة المزدوجة لهذا الحق[1].

ثانيا : التنظيم القانوني للحقوق الذهنية:

اهتمت الغالبية العظمى من الدول بتنظيم هذه الحقوق. كما أن تنظيم هذه الحقوق لاقى إهتماماً على المستوى الدولى، فعقدت الإتفاقات الدولية لتوحيد وتنظيم القواعد الخاصة بهذه الحقوق وتوفير الحماية لها من جانب الدول الموقعة عليها.

ففى سنة ١٨٨٣ أبرمت إتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية من علامات تجارية وبراءات اختراع ورسوم ونماذج صناعية وأدخل عليها العديد من التعديلات. وكذلك إتفاقية برن أبرمت فى ٩ سبتمبر ١٨٨٧

---

(1) J. Ghestin, G. Goubeaux, Traité de droit civil, introduction, Op. cit., no 215, p. 162, H. L., Mazeaud, J. Mazeaud, F. Chabas, Leçons de droit civil, T. I, 1er volume, introduction à l'étude du droit, 11e édit par F. Chabas, 1997, no 170 p. 269. et s.

والخاصة بتنظيم حقوق المؤلفين وقد أدخل عليها العديد من التعديلات فى بروكسل ١٩٤٨ واستوكهولم ١٩٦٧ وكان آخرها فى باريس ١٩٧١، وإتفاقية روما لحماية فنانى الأداء ومنتجى التسجيلات الصوتية عام ١٩٦١، وأخيراً اهتمت إتفاقات الجات[١] بتنظيم أوجه حقوق الملكية الفكرية المتعلقة بالتجارة والمعروفة إختصاراً بالتريس TRIPS ١٩٩١ . وتقوم المنظمة العالمية للملكية الفكرية[٢] بالاهتمام بجميع المسائل المتعلقة بالملكية الفكرية. وقد صدر عن هذه المنظمة إتفاقية حق المؤلف والمعروفة إختصاراً بـ WCT سنة ١٩٩٦ .

- في القانون المصري:

لم يكن لهذا التطور إنعكاساً مباشراً فى مجال التشريعات، حيث كان تدخل المشرع المصرى فى هذا المجال متأخراً. وكانت بداية هذا التدخل بصدور القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ الخاص بحماية الحقوق المتعلقة بالعلامات والبيانات التجارية. ثم عقب ذلك صدور القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ الخاص ببيع المحال التجارية ورهنها والذى تضمن نصوصاً خاصاً بمقومات المحل التجارى المعنوية، والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ الخاص ببراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية؛ والقانون رقم ١٦٥ لسنة ١٩٥٠ بالموافقة على إتفاقية باريس الخاصة بحماية الملكية الصناعية.

ولم يتم تنظيم حقوق المؤلف إلا عام ١٩٥٤ بالقانون رقم ٣٥٤ بالرغم من القانون المدنى المصرى الصادر عام ١٩٤٨ قد حرص على النص على أن «الحقوق التى ترد على شئ غير مادى تنظمها قوانين خاصة» (م ٨٦) . وقد أدى عدم وجود تنظيم قانونى بحقوق المؤلف أن ألقى على عاتق القضاء

(1) General Agreement of Tarif. and Trade (GATT).

وقد تم الاتفاق بين الدول المجتمعة فى مراكش فى ربيع عام ١٩٩٤ على تحويل هذه الإفتاقية إعتباراً من شهر يناير ١٩٩٥ إلى منظمة تسمى منظمة التجارة العالمية. World Trade Organization.

(٢) وتعرف اختصاراً بـ (WIPO) ويبو World intellectual Property organization.

الاجتهاد فى سبيل توفير الحماية لهذه الحقوق[1]. وقد تم تعديل القانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٢ والقانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٩٤.

وتحت تأثير التطورات الدولية المتلاحقة قامت مصر بإصدار قانون يتناول حماية حقوق الملكية الفكرية فى جميع جوانبها تحت رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ مستهدية فى ذلك بالإتفاقات الدولية فى هذا الخصوص والموقعة عليها[2]. وقد كرس القانون الكتاب الثالث منه لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

ثالثاً: نطاق الدراسة: حقوق المولف والحقوق المجاورة:

قام قانون حماية حقوق الملكية الفكرية المصرى رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ بتنظيم الملكية الفكرية فى جميع جوانبها. ولذلك قام بإلغاء القانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٣٩ بشأن العلامات والبيانات التجارية، والقانون رقم ١٣٢ لسنة ١٩٤٩ بشأن براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية، عدا أحكام براءات الاختراع الخاصة بالمنتجات الكيميائية المتعلقة بالأغذية والمنتجات الكيميائية الصيدلية التى ألغيت إعتباراً من أول يناير عام ٢٠٠٥، وتخضع لهذا القانون اعتباراً من هذا التاريخ، والقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ بشأن حماية حق المؤلف.

ويتضمن قانون حماية حقوق الملكية الفكرية ثلاثة كتب، الكتاب الأول خاص ببراءات الاختراع ونماذج المنفعة، ومخططات التصميمات للدوائر

---

(١) محمد على عرفة، حق الملكية، المرجع السابق، فقرة ٢٧٣ ص ٤٩٧؛ حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٤٤ ص ٤٦٣ هامش ١.

(٢) وبذلك يكون مصطلح «حقوق الملكية الفكرية» قد ساد العالم كله. ولم يجد الفقه الفرنسى بدأ من استعمال نفس المصطلح. انظر فى ذلك:

A. Lucas, H. J. Lucas, Traité de la propriéte littéraire L'Artistique Litec, 1994; C. Colombet, Propriété littéraire et artistique et droits voision, précis Dalloz, 8e édit. 1997; P. Y. Goutrer, propriété littéraire et artistique, 3e édit. PUF, 1999; Y. Marcelin, Le droit français de la propriété intellectuelle, CEDAT, 2001.

المتكاملة، والمعلومات غير المفصح عنها (المواد ١ - ٦٢). والكتاب الثانى مكرس للعلامات والبيانات التجارية والمؤشرات الجغرافية والتصميمات والنماذج الصناعية (المواد ٦٣ - ١٣٧). والكتاب الثالث متعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة (المواد ١٣٨ - ١٨٨). والكتاب الرابع يخص الأصناف النباتية (المواد ١٨٩ - ٢٠٦).

وسوف تقتصر دراستنا على الكتاب الثالث المتعلق بحماية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة.

خطة الدراسة: وستكون خطة الدراسة فى هذا المبحث على النحو التالى:

المطلب الأول: فى نطاق الحماية، من حيث الشروط، والحقوق، والأشخاص، والزمان.

المطلب الثاني: مضمون وخصائص الحقوق المشمولة بالحماية، حقوق المؤلف، والحقوق المجاورة.

المطلب الثالث: وسائل الحماية، لحقوق المولف والحقوق المجاورة ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

المطلب الأول

نطاق الحماية

تمهيد:

لدراسة الحقوق المشمولة بالحماية سنجد أن هناك شروطاً يجب توافرها، ثم نعرض بعد ذلك لهذه الحقوق وهى المتمثلة فى حقوق المؤلف والحقوق المجاورة، وأخيراً نبين الأشخاص - أصحاب هذه الحقوق - المشمولين بهذه الحماية.

الفرع الأول: من حيث شروط الحماية

تنص المادة ١٣٨ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية على أنه «يكون للمصطلحات التالية المعنى الوارد قرين كل منها:

١ - المصنف: كل عمل مبتكر أدبى أو فنى أو علمى أيا كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه.

٢ - الابتكار : الطابع الإبداعى الذى يسبغ الأصالة على المصنفات.

٣ - المؤلف الشخصى الذى يبتكر المصنف ، ......

على ضوء هذا النص نجد أن موضوع حماية هذا القانون هى «المصنفات المبتكرة». وعناصر هذه المصنفات المبتكرة تتمثل فى ثلاثة:
١-المؤلف ٢ - المصنف ٣ - الابتكار

ولذلك لا تضفى الحماية على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة إلا إذا توافرت شروط معينة فى كل عنصر من هذه العناصر الثلاثة. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً : الشروط الواجب توافرها في المؤلف:

عرفت المادة ١٣٨ من القانون المؤلف بأنه «الشخص الذى يبتكر المصنف...» وعلى ذلك نجد أن المؤلف هو كل من ينتج إنتاجاً ذهنياً أيا كان نوعه وأيا كانت طريقة التعبير عنه أو أهميته وأيا كان الغرض منه بشرط وحيد هو أن يكون هذا الإنتاج على قدر من الابتكار.

ويعد مؤلفاً للمصنف من يذكر اسمه عليه أو ينسب إليه عند نشره باعتباره مؤلفاً له ما لم يقم الدليل على غير ذلك.

ويعتبر مؤلفاً للمصنف أيضاً من ينشره بغير اسمه أو باسم مستعار بشرط ألا يقوم شك فى معرفة حقيقة شخصه. فإذا قام الشك اعتبر ناشر أو منتج المصنف سواء أكان شخصاً طبيعياً أم إعتبارياً ممثلاً للمؤلف فى مباشرة حقوقه إلى أن يتم التعرف على حقيقة شخص المؤلف (م ١٣٨/٣) وقارن أيضاً (المادة ١٧٦ من نفس القانون).

وعلى ضوء ما تقدم يجب ألا نخلط بين نشوء الحق وبين نسبة المصنف إلى مؤلفه. فالحق يثبت لصاحبه على المصنف بمجرد الابتكار، وبالتالى يكون لصاحبه أن يدافع عن حقه ونسبة المصنف إليه. فإذا نشر المصنف تحت اسم غير صاحبه الحقيقى، فإن لهذا الأخير أن يكشف عن حقيقة الأمر ويثبت أنه هو المؤلف الحقيقى.

كما يجب أن نفرق أيضاً بين نشوء الحق للمؤلف على مصنفه، وبين استعمال هذا الحق أيا كانت طريقة هذا الاستعمال. فالحق يثبت بمجرد الابتكار ولا يتوقف قيام هذا الحق على استعماله أياً كانت وسيلة هذا الاستعمال، ولذلك فإن هذا الحق ينتقل بالميراث رغم عدم استعماله.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في المصنف:

عرف القانون المصنف فى المادة ١٣٨ على أنه ١٠ - كل عمل مبتكر أدبى أو فنى أو علمى أيا كان نوعه أو طريقة التعبير عنه أو أهميته أو الغرض من تصنيفه».

وعلى ذلك فإن المصنف يشمل كل إنتاج ذهنى أيا كان مظهر التعبير عنه سواء ذلك بالكتابة أو الرسم أو التصوير أو الصوت أو الحركات أو بغير ذلك من وسائل التعبير على نحو ما سنرى فيما بعد.

والحماية القانونية تشمل المصنف على النحو السابق فى مضمونه ومحتوياته وعنوانه بشرط وحيد أن يكون عملاً مبتكراً. وهذه المصنفات لا يمكن إخضاعها لحصر. ولذلك تحدد القوانين عادة هذه المصنفات على سبيل المثال، وتمتد الحماية إلى كل مصنف، ولو لم يذكر فى القائمة إذا توافر فيه عنصر الابتكار على النحو الذى سيأتى بيانه (انظر المادة ١٤٠).

وإن كان الأمر واضحاً بالنسبة لتحديد من يعتبر مؤلفاً وما يعتبر مصنفاً وذلك إذا كان من أنتج المصنف شخصاً واحداً؛ إلا أنه قد يدق الأمر عندما يكون المصنف مشتركاً أو جماعياً أو مشتقاً:

١ - المصنف المشترك:

هو المصنف الذى يشترك فى وضعه أكثر من شخص سواء أمكن فصل نصيب كل منهم فيه أو لم يمكن (م ١٣٨/٥ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية).

وعلى ضوء ذلك نجد أن هذا الاشتراك قد يكون مختلطاً على نحو يتعذر منه فصل نصيب كل منهم فى المصنف المشترك، وقد يكون عكس ذلك بأنه يمكن فصل دور كل مؤلف وتمييزه عن دور غيره من المشتركين. ولنعرض لأحكام كل فرض من هذين الفرضين:

الفرض الأول:

إذا كان الاشتراك مختلطاً على نحو يتعذر معه فصل نصيب كل منهم في المصنف المشترك فإنه يثبت لجديع من اشتركوا فى تأليفه أو وضعه أو إنتاجه الحق الأدبى أو الفنى بالتساوى فيما بينهم، ما لم يتفق على غير ذلك (م ١٧٤). ولا يجوز فى هذه الحالة لأحدهم الإنفراد بمباشرة حقوق المؤلف إلا بإتفاق مكتوب بينهم (م ١٧٤). ويترتب على ذلك أنه إذا أريد مباشرة الحقوق الناشئة عن حق المؤلف فإنه يلزم إتفاقهم جميعاً، وإلا تولى القضاء الفصل فيما يقع بينهم من خلاف. وإذا وقع إعتداء على حق المؤلف فإن لكل المشتركين فى التأليف الحق فى رفع الدعاوى للدفاع عن حقوقهم. (م١٧٤/٤).

الفرض الثاني:

إذا كان الاشتراك لا يحول دون فصل دور كل مولف عن دور غيره من المشتركين فى المصنف، أو إذا كان اشتراك كل من المؤلفين يندرج تحت نوع مختلف من الفن، كان لكل منهم الحق فى استغلال الجزء الذى ساهم به على حدة، بشرط ألا يضر ذلك باستغلال المصنف المشترك والغاية المشتركة من إبتكاره وإخراجه على هذا النحو، ما لم يوجد إتفاق مكتوب بينهم على غير ذلك (م ٢/١٧٤) ولكل منهم الحق فى رفع الدعاوى عند وقوع إعتداء على أى حق من حقوق المؤلف. وإذا مات أحد المؤلفين الشركاء دون خلف عام أو خاص، يؤول نصيبه إلى باقى الشركاء أو خلفهم، ما لم يتفق كتابة على غير ذلك.

- بالنسبة للحقوق المجاورة لحق المؤلف:

نجد أنه يعتبر شريكاً فى تأليف المصنف السمعى البصرى أو السمعى أو البصرى: (١) مؤلف السيناريو أو صاحب الفكرة المكتوبة للبرنامج (٢) من يقوم بتحوير مصنف أدبى موجود بشكل يجعله ملائماً للأسلوب السمعى البصرى (٣) مؤلف الحوار (٤) واضع الموسيقى إذا قام بوضعها خصيصاً للمصنف (٥) المخرج الذى قام بعمل إيجابى من الناحية الفكرية لتحقيق المصنف. وإذا كان المصنف مبسطاً أو مستخرجاً من مصنف آخر سابق عليه يعتبر مؤلف هذا المصنف السابق شريكاً فى المصنف الجديد.

- كما أن لمؤلف السيناريو ومحرر المصنف الأدبي ومؤلف الحوار والمخرج مجتمعين الحق فى عرض المصنف السمعى أو البصرى أو السمعى البصرى رغم معارضة مؤلف المصنف الأدبي الأصلى أو واضع الموسيقى، وذلك دون إخلال بحقوق المعارض المترتبة على الاشتراك فى التأليف.

كما أن لمؤلف الشطر الأدبى أو الشطر الموسيقى الحق فى نشر مصنفه بطريقة أخرى غير الطريقة المنشور بها هذا المصنف المشترك ما لم يتفق كتابة على غير ذلك. (م ١٧٧).

لكن إذا امتنع أحد الشركاء فى تأليف مصنف سمعى بصرى أو سمعى أو بصرى عن إتمام الشق الخاص به؛ فلا يترتب على ذلك منع باقى المشتركين من استعمال الجزء الذى أنجزه كل منهم، وذلك دون إخلال بما للمنتفع من حقوق مترتبة على اشتراكه فى التأليف. (م ١٧٧).

وقد جعل القانون المنتج نائباً عن مؤلفى المصنف السمعى البصرى أو السمعى أو البصرى طوال استغلال هذا المصنف وكذلك عن خلفهم فى الاتفاق على استغلاله دون الإخلال بحقوق مؤلفى المصنفات الأدبية أو الموسيقية المقتبسة أو المحورة، كل ذلك ما لم يتفق كتابة على خلافه. ويعتبر المنتج ناشراً لهذا المصنف، وتكون له حقوق الناشر عليه وعلى نسخه فى حدود أغراض الاستغلال التجارى له. (م ١٧٧).

٢ - المصنف الجماعي:

هو المصنف الذى يضعه أكثر من مؤلف بتوجيه شخص طبيعى أو اعتبارى يتكفل بنشره باسمه وتحت إدارته، ويندمج عمل المؤلفين فيه فى الهدف العام الذى قصد إليه هذا الشخص بحيث يستحيل فصل عمل كل مؤلف وتمييزه على حدة». (م ١٣٨/٤).

وعلى ذلك يشترط ليكون المصنف جماعياً ما يلى:

(١) تضافر جهود جماعة من الأفراد على وضع مصنف ما.

(٢) أن يكون وضع المصنف بتوجيه من شخص طبيعى أو معنوى يتكفل بنشره ويتم العمل تحت إدارته وباسمه ، ويشمل طبيعة الحال، تمويل هذا العمل.

(٣) أن يندمج عمل المشتركين فى المصنف فى الهدف العام الذى قصد إليه هذا الشخص، وأن لا يمكن تمييز نصيب كل مساهم وقدر إسهامه فى هذا المصنف عن نصيب باقى المشتركين. مثال ذلك الموسوعات، والمجموعات العلمية التى تقوم الدولة أو غيرها بالإشراف على إعدادها وإخراجها عن طريق مجموعة من المتخصصين فى هذا المجال، بحيث تنشر فى النهاية باسمها أو باسم الشخص المشرف على هذا العمل لا بأسماء المشتركين فيها، ويندمج عمل المشتركين فى الهدف العام الذى يقصد إليه بحيث لايمكن تمييز نصيب كل منهم على حدة.

ويكون للشخص الطبيعى أو الاعتبارى الذى وجه إلى إبتكار المصنف الجماعى التمتع وحده بالحق فى مباشرة حقوق المؤلف عليه (م ١٧٥) وبذلك يكون المشرع قد خرج على الأصل العام وأثبت وصف المؤلف للشخص الطبيعى أو المعنوى الذى وجه إبتكار المصنف ونظمه رغم أنه لم يقدم فى ذلك أية مساهمة فكرية أو ذهنية، وتجاهل أصحاب الحق الذهنى الحقيقيين الذين اشتركوا فعلاً فى وضع المصنف والذى يعتبر من خلقهم وإبتكارهم.

ونحن نري أن ذلك لايعتبر الوسيلة المثلي لتحقيق الغاية من المصنف الجماعي[١].

٢ - المصنف المشتق:

«هو المصنف الذى يستمد أصله من مصنف سابق الوجود كالترجمات والتوزيعات الموسيقية وتجميعات المصنفات بما فى ذلك قواعد البيانات المقروءة سواء من الحاسب أو من غيره، ومجموعات التعبير الفلكلورى مادامت مبتكرة من حيث ترتيب أو إختيار محتوياتها» (م ١٣٨/٦).

وقد أضاف المشرع هذا النوع من المصنفات وأضفى عليه الحماية واشترط للتمتع بهذه الحماية أن تتسم هذه المصنفات بصفة الابتكار سواء من حيث الترتيب أو إختيار محتوياتها، وذلك ليفتح المجال واسعاً للإنتاج الذهنى

---

(١) فارن حسن كيرة، المرجع السابق. فقرة ٢٤٦ ص ٤٦٩؛ توفيق فرج، المرجع السابق. فقرة ٣٣٢ ص ٥٥٤ حيث يرى أن موقف المشرع المصرى تبرره الاعتبارات العملية.

دون أن يقف سبق معالجة موضوع المصنف عقبة فى سبيل ذلك. كما أن تمتع المصنفات المشتقة لا تخل بالحماية المقررة للمصنفات التى اشتقت منها. (م ١٤٠/١٣).

ثالثاً : الشروط الواجب توافرها في صفة الابتكار:

ويقصد بالابتكار الطابع الإبداعى الذى يسبغ الأصالة على المؤلف». (المادة ١٣٨/٢).

ويمكن القول أنه أنه يقصد بالابتكار بصفة عامة كل مجهود ذهنى يقوم به المؤلف يتسم بطابع الإبداع وتتجلى فيه شخصيته مما يسبغ عليه الأصالة. وعلى ذلك فإنه ليس بلازم أن تكون الأفكار والآراء التى يتضمنها مصنفة قد ابتدعت لأول مرة، أو أن تكون الموضوعات التى تعرض لها غير معروفة أو غير مطروقة من قبل، وإنما يكفى أن يكون الإنتاج الفكرى مطبوع بطابع معين يبرز شخصية صاحبه وما تتسم به من أصالة، سواء أكان ذلك فى موضوع المصنف ذاته، أو فى مجرد طريقة العرض، أو التعبير، أو طريقة الترتيب والتبويب أو حتى فى كيفية الأسلوب المستخدم فى عرض الأفكار المختلفة التى يشتمل عليها. ولذلك يضفى القانون الحماية على المصنف المشتق بالإضافة إلى المصنفات التى اشتقت منها (م ١٣٨/٦، م ١٤٠/١٣). بل إن الحماية تشمل عنوان المصنف إذا كان مبتكراً. (م ١٤٠ الفقرة الأخيرة).

ولهذا يعتبر مؤلفاً الكاتب والمخترع والملحن والرسام والمثال وفنانو الأداء، ومنتجى التسجيلات الصوتية ... إلخ. وكذلك يضفى القانون الحماية على المترجم مادامت ترجمته تبرز شخصيته الخاصة، وكذلك الجامع الذى يقتصر دوره على جمع مختارات من الأدب أو الفن أو الأحكام القضائية القوانين وذلك بشرط أن يتميز جمعه بذوق معين فى إختيار الموضوعات أو بترتيب معين للموضوعات يكشف عن جهده الشخصى وإبتكاره.

وعلى ذلك إذا انتفى عن المصنف صفة الابتكار فإن القانون لايضفى عليه الحماية، من ذلك أن يقتصر دور المؤلف على مجرد التجميع المادى لما هو معروف من قبل، لأنه لم يضف شيئاً لما هو موجود وبالتالى ينتفى أهم العناصر وهو عنصر الابتكار. (م ١٤١).

ولذلك لايضفى قانون حماية الملكية الفكرية الحماية على المجموعات التى تنتظم مصنفات عدة كمختارات الشعر والنثر والموسيقى وغيرها من المصنفات التى تتم تجميعها. وبالمثل لاتعتبر مصنفات مجموعات الوثائق الرسمية كنصوص القوانين والمراسيم واللوائح والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية وسائر الوثائق الرسمية (م ١٤١/١) هذا ما لم يراع فى جمعها وتبويبها أسلوب معين يتسم بالجدة والابتكار، إذ فى هذه الحالة تكتسب صفة المصنف وتتمتع بالحماية القانونية. (م ١٤١/٢).

الفرع الثاني: من حيث الحقوق المشمولة بالحماية

أضفى المشرع المصرى فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الحماية، إذا توافرت شروطها على النحو السابق، على حقوق المؤلف والحقوق المجاورة ليبدد أى خلاف أو شك حول حماية بعض الحقوق المجاورة لحق المؤلف. ولنعرض لذلك بشئ من التفصيل:

أولاً : حقوق المؤلف:

تنص المادة ١٤٠ على أن «تتمتع بحماية هذا القانون حقوق المؤلفين على مصنفاتهم الأدبية والفنية، **وبوجه خاص**[1] **المصنفات الآتية:**

١ - الكتب ، والكتيبات، والمقالات والنشرات وغيرها من المصنفات المكتوبة.

٢ - برامج الحاسب الآلى.

٣ - قواعد البيانات سواء كانت مقروءة من الحاسب الآلى أو من غيره.

٤ - المحاضرات، والخطب، والمواعظ، وأية مصنفات شفوية أخرى إذا كانت مسجلة.

٥ - المصنفات التمثيلية والتمثيليات الموسيقية والتمثيل الصامت (البانتوميم).

٦ - المصنفات الموسيقية المقترنة بالألفاظ أو غير المقترنة بها.

---

(١) هذه الصياغة تفيد أن التعداد الوارد فى هذا النص وارد على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر.

٧ – المصنفات السمعية والبصرية.

٨ – مصنفات العمارة.

٩ – مصنفات الرسم بالخطوط أو بالألوان، والنحت، والطباعة على الحجر، وعلى الأقمشة وأية مصنفات مماثلة فى مجال الفنون الجميلة.

١٠– المصنفات الفوتوغرافية وما يماثلها.

١١– مصنفات الفن التطبيقى والتشكيلى.

١٢– الصور التوضيحية، والخرائط الجغرافية والرسومات التخطيطية (الاسكتشات)، والمصنفات الثلاثية الأبعاد المتعلقة بالجغرافيا أو الطبوغرافيا أو التصميمات المعمارية.

١٣– المصنفات المشتقة، وذلك دون الإخلال بالحماية المقررة للمصنفات التى اشتقت منها.

وتشمل الحماية عنوان المصنف إذا كان مبتكراً.

وتتمتع هذه المصنفات الأدبية والفنية بالحماية القانونية إذا توافرت الشروط اللازمة فى المؤلف والمصنف والإبتكار على النحو السابق بيانه. كما أن أى مصنف أدبى أو فنى تتوافر فيه هذه الشروط تضفى عليه الحماية القانونية ولو لم يرد ذكره فى هذا النص.

وعلى ذلك يخرج من نطاق هذه الحماية المصنفات التى لاتتوافر فيها هذه الشروط. ولذلك كنصت المادة ١٤١ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية على أن «لاتشمل الحماية مجرد الأفكار والإجراءات وأساليب العمل وطرق التشغيل، والمفاهيم والمبادئ والاكتشافات والبيانات، ولو كان معبراً عنها أو موصوفة أو موضحة أو مدرجة فى مصنف».

وكذلك لا تشمل ما يلي:

أولاً: الوثائق الرسمية، أيا كان لغتها الأصلية أو اللغة المنقولة إليها، مثل نصوص القوانين ، واللوائح، والقرارات، والاتفاقات الدولية والأحكام القضائية، وأحكام المحكمين، والقرارات الصادرة من اللجان الإدارية ذات الاختصاص القضائى.

ثانياً : أخبار الحوادث والوقائع الجارية التى تكون مجردأخبار صحفية.

ومع ذلك تتمتع مجموعات ما تقدم بالحماية إذا تميز جمعها بالإبتكار فى الترتيب والعرض أو بأى مجهود شخصى جدير بالحماية.

- **أما فيما يتعلق بالفلكلور الوطني**[1] فإنه يعتبر ملكاً عاماً للشعب، وتباشر الوزارة المختصة عليه (وزارة الثقافة) حقوق المؤلف الأدبية والمالية وتعمل على حمايته ودعمه (م ١٤٢) . وقد أحسن المشرع صنعاً بأن أضفى الحماية على الفلكلور الوطنى وأوكل إلى وزارة الثقافة تولى أمره وحمايته ودعمه لأن هذا الفلكلور يعتبر من أهم مكونات التراث القومى للأمة ويعتبر من أهم سماتها المميزة.

ثانياً : الحقوق المجاورة لحق المؤلف:

ومصطلح الحقوق المجاورة لحق المؤلف لم يكن معروفاً فى القانون السابق وكان معظمها تمتد إليه الحماية باعتباره فى حكم حق المؤلف. لكن القانون الجديد تحت تأثير التطورات الدولية والداخلية وقطعاً لدابر أى خلاف حول بعض هذه الحقوق قام بتنظيمها تنظيماً تفصيلياً.

وتشمل الحقوق المجاورة لحق المؤلف الحقوق التالية:

١ - **حقوق فناني الأداء:** فنانو الأداء هم الأشخاص الذين يمثلون أو يغنون أو يلقون أو ينشدون أو يعزفون أو يرقصون فى مصنفات أدبية أو فنية محمية

---

(١) وقد عرفت المادة ٧/١٣٨ الفلكلور الوطنى بأنه كل تعبير يتمثل فى عناصر متميزة تعكس التراث الشعبى التقليدى الذى نشأ أو استمر فى جمهورية مصر العربية، وبوجه خاص التعبيرات الآتية: (أ) التعبيرات الشفوية مثل : الحكايات والأحاجى والألغاز والأشعار الشعبية وغيرها من المأثورات. (ب) التعبيرات الموسيقية مثل : الأغانى الشعبية المصحوبة بموسيقى (ج) التعبيرات الحركية مثل : الرقصات الشعبية والمسرحيات والأشكال الفنية والطقوس (د) التعبيرات الملموسة مثل : منتجات الفن الشعبى التشكيلى وبوجه خاص الرسومات بالخطوط والألوان، والحفر، والنحت، والخزف، والطين والمنتجات المصنوعة من الخشب أو ما يرد عليه من تطعيمات تشكيلية مختلفة، أو الموزاييك أو المعدن أو الجواهر، والحقائب المنسوجة يدوياً وأشغال الأبرة والمنسوجات والسجاد، والملبوسات، الآلات الموسيقية ، والأشكال المعمارية.

طبقاً لأحكام هذا القانون أو آلت إلى الملك العام، أو يؤدون فيها بصورة أو بأخرى، بما فى ذلك التعبيرات الفلكلورية (م ١٣٨/١٢).

٢ - حقوق منتجي التسجيلات الصوتية، ومنتج التسجيلات الصوتية هو الشخص الطبيعي أو الاعتبارى الذى يسجل لأول مرة مصنفاً تسجيلاً صوتياً أو أداء لأحد فنانى الأداء، وذلك دون تثبيت الأصوات على الصورة فى إطار إعداد مصنف سمعى بصرى (م ١٣٨/١٣).

٣ - حقوق هيئات الإذاعة، والإذاعة هى البث السمعى أو السمعى البصرى للمصنف أو للاداء أو للتسجيل الصوتى أو لتسجيل المصنف أو الأداء وذلك إلى الجمهور بطريقة لاسلكية، ويعد كذلك البث عبر التوابع الصناعية (م ١٣٨/١٤). وهيئة الإذاعة كل شخص أو جهة منوط بها أو مسئولة عن البث الإذاعى اللاسلكى السمعى أو السمعى البصرى. (م ١٣٨/١٧).

وقد أضفى القانون الحماية على الحقوق الأدبية لفنانى الأداء (م ١٥٥)، وكذلك حقوقهم المالية(م١٥٦). كما أن القانون أعطى لمنتجى التسجيلات الصوتيه حقوق مالية إستئثارية لتسجيلاتهم (م ١٥٧). وكذلك لهيئات الإذاعة (م ١٥٨)، على النحو الذى سوف نراه فيما بعد.

الفرع الثالث: من حيث الأشخاص المشمولين بالحماية

سبق أن قلنا أن مصر قد أصدرت قانون حماية حقوق الملكية الفكرية رقم ٨٢ لسنة ٢٠٠٢ فى إطار التزامها كعضو فى منظمة التجارة العالمية وفى المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WIPO) وموقعة على اتفاقية حق المؤلف الصادرة عن المنظمة العالمية للملكية الفكرية (WCT) عام ١٩٩٦.

لذلك كان طبيعياً أن يحدد قانون حماية حقوق الملكية الفكرية الأشخاص الخاضعين لأحكامه. وقد نصت المادة ١٣٩ من هذا القانون على أن «تشمل الحماية المقررة لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة لها المصريين والأجانب من الأشخاص الطبيعيين والاعتباريين الذين ينتمون إلى إحدى الدول الأعضاء فى منظمة التجارة العالمية ومن فى حكمهم». ولتوضيح عجز هذه المادة استطرد المشرع قائلاً:

ويعتبر في حكم رعايا الدول الأعضاء:

أولاً : بالنسبة لحق المؤلف:

١ - المؤلفون الذين تنشر مصنفاتهم لأول مرة فى إحدى الدول الأعضاء فى المنظمة، أو تنشر فى إحدى الدول غير الأعضاء وإحدى الدول الأعضاء فى آن واحد. ويعتبر المصنف منشوراً فى آن واحد فى عدة دول إذا ظهر فى دولتين أو أكثر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشره لأول مرة». «ولايعد نشراً تمثيل مصنف مسرحى أو مصنف مسرحى موسيقى أو سينمائى وأداء مصنف موسيقى والقراءة العلنية لمصنف أدبى والنقل السلكى أو إذاعة المصنفات الأدبية والفنية وعرض مصنف فنى وتنفيذ مصنف معمارى».

٢ - منتجو ومؤلفو المصنفات السينمائية التى يكون مقر منتجها أو محل إقامته فى إحدى الدول الأعضاء فى تلك المنظمة.

٣ - مؤلفو المصنفات المعمارية المقامة فى إحدى الدول الأعضاء أو المصنفات الفنية الأخرى الداخلة فى مبنى أو منشأة أخرى كائنة فى إحدى الدول الأعضاء».

ثانياً : بالنسبة للحقوق المجاورة لحق المؤلف:

١ - فنانو الأداء إذا توافر أى شرط من الشروط التالية:

(أ) إذا تم الأداء فى دولة عضو فى منظمة التجارة العالمية.

(ب) إذا تم تفريغ الأداء فى تسجيلات صوتية ينتمى منتجها لدولة عضو فى منظمة التجارة العالمية، أو تم التثبيت الأول للصوت فى إقليم دولة عضو فى المنظمة.

(ج) إذا تم بث الأداء عن طريق هيئة إذاعة يقع مقرها فى دولة عضو فى منظمة التجارة العالمية، وأن يكون البرنامج الإذاعى قد تم بثه من جهاز إرسال يقع أيضاً فى دولة عضو.

٢ - منتجو التسجيلات الصوتية إذا التثبيت الأول للصوت قد تم فى دولة عضو فى المنظمة.

٣ - هيئات الإذاعة إذا كان مقر هيئة الإذاعة كائناً فى إقليم دولة عضو فى منظمة التجارة العالمية، وأن يكون البرنامج الإذاعى قد تم بثه من جهاز إرسال يقع أيضاً فى إقليم دولة عضو فى المنظمة.

«ويستفيد مواطنو جميع الدول الأعضاء في منظمة التجارة العالمية من أى ميزة أو أفضلية أو إمتياز أو حصانة يمنحها أى قانون آخر لرعايا أى دولة فيما يتعلق بحقوق الملكية الفكرية طبقاً لهذا القانون؛ ما لم تكن هذه الميزة أو الأفضلية أو الحصانة نابعة من : (أ) إتفاقيات المساعدة القضائية أو إتفاقيات إنفاذ القوانين ذات الصبغة العامة. (ب) الإتفاقيات المتعلقة بحقوق الملكية الفكرية والتى أصبحت سارية قبل أول يناير ١٩٩٥.

الفرع الرابع: من حيث النطاق الزماني للحماية

قد حدد قانون حماية حقوق الملكية الفكرية نطاقاً زمنياً لحماية التى أضفاها على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة لحق المؤلف.

أولاً: بالنسبة للحقوق المالية للمؤلف:

فقد وضع المشرع القاعدة العامة للنطاق الزمانى لحماية الحقوق المالية للمؤلف، ثم بين بعد ذلك النطاق الزمانى لحماية الحقوق المالية لمؤلفى المصنفات المشتركة والمصنفات الجماعية. ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

١ - القاعدة العامة:

قرر القانون الحماية للحقوق المالية للمؤلف المنصوص عليها فى هذا القانون مدة حياته ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاة المؤلف. (م ١٦٠).

- وتنقضى الحقوق المالية على المصنفات التى تنشر لأول مرة بعد وفاة مؤلفها بمضى خمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد (م ٢/١٦٢)[1].

---

(١) ويقصد بالنشر أى عمل من شأنه إتاحة المصنف أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى أو فنانى الأداء للجمهور أو بأى طريقة من الطرق». «وتكون إتاحة المصنف للجمهور بموافقة المؤلف أو مالك حقوقه، أما التسجيلات الصوتية أو البرامج الإذاعية أو الأداءات فتكون إتاحتها للجمهور بموافقة منتجها أو خلفه. (م ١٣٨/ ١٠).

- أما بالنسبة للمصنفات التى تنشر بدون اسم مؤلفها أو باسم مستعار فإن حماية الحقوق المالية عليها تكون لمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد، فإذا كان مؤلفها شخصاً معروفاً ومحدداً أو كشف مؤلفها عن شخصه فتكون مدة الحماية مدة حياته ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاة المؤلف. (م ١٦٣).

- بالنسبة للحقوق المالية لمؤلفى مصنفات الفن التطبيقى فإنها تنقضى بانقضاء خمس وعشرين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهورة لأول مرة أيهما أبعد. (م ١٦٤).

أما كيفية حساب المدة فى الأحوال التى تحسب فيها مدة الحماية من تاريخ النشر أو الإتاحة للجمهور لأول مرة فإن حساب المدة يبدأ من تاريخ أول نشر أو أول إتاحة للجمهور أيهما أبعد، بغض النظر عن إعادة النشر أو إعادة الإتاحة للجمهور، ما لم يكن المؤلف قد أدخل على مصنفه عند الإعادة تعديلات جوهرية بحيث يمكن إعتباره مصنفاً جديداً.

وإذا كان المصنف يتكون من عدة أجزاء أو مجلدات نشرت منفصلة وعلى فترات، فيعتبر كل جزء أو مجلد مصنفاً مستقلاً عند حساب مدة الحماية. (م ١٦٥).

- بالنسبة للمصنفات الأجنبية: تنتهى حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى فى ترجمة ذلك المصنف إلى اللغة العربية إذا لم يباشر المؤلف أو المترجم هذا الحق بنفسه أو بواسطة غيره فى مدى ثلاث سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم. (م ١٤٨).

وعلى ذلك إذا أراد المؤلف لمصنف أجنبى أو مترجمه إلى لغة أجنبية أخرى التمتع بحماية حقهم فى الترجمة العربية لهذا المصنف أن يقوم أى منهما بنفسه أو بواسطة غيره بترجمة هذا المصنف إلى اللغة العربية خلال ثلاث سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم إذا تمت الترجمة

---

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الملغى فى شأن المادة ٨ منه، ص ١٣٤، مع ملاحظة أن المدرة فى هذا القانون كانت خمس سنوات.

من النسخة المترجمة. فإن لم يتم ذلك خلال هذه المدة فلا حماية لحقهم فى الترجمة العربية لهذا المصنف.

وفى هذا القيد الزمنى القصير للتمتع بالحماية لحق المؤلف المقررة فى هذا القانون تغليب للصالح العام المصرى على المصلحة الفردية للمؤلف. والغرض من ذلك هو حث المؤلف أو المترجم على مباشرة ترجمة المؤلف الأجنبى فى أقرب وقت ممكن إلى اللغة العربية رعاية لمصلحة البلاد، كى لا تحرم من ثمار التفكير الإنسانى فى مختلف الأمم الأخرى لمدة طويلة[1].

٢ - بالنسبة للمصنفات المشتركة:

فالقاعدة أن الحقوق المالية لمؤلفى هذه المصنفات يتم حمايتها لمدة حياتهم جميعاً ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاة آخر من بقى حياً منهم. (م ١٦١).

٣ - بالنسبة للمصنفات الجماعية:

فإن حماية الحقوق المالية لمؤلفى هذه المصنفات - فيما عدا مؤلفى مصنفات الفن الموسيقى - يتوقف على ما إذا كان مالكها شخصاً إعتبارياً أم شخصاً طبيعياً.

- فإذا كان مالك حقوق المؤلف على هذه المصنفات شخصاً إعتبارياً فإن الحقوق المالية تحمى لمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ نشرها أو إتاحتها للجمهور لأول مرة أيهما أبعد. (م ١٦٢).

- أما إذا كان مالك حقوق المؤلف على هذه المصنفات شخصاً طبيعياً فتكون مدة الحماية مدة حياته ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاته. أما إذا كان أكثر من شخص طبيعى قد اشترك فى وضعها سواء أمكن فصل نصيب كل منهم فيها أو لم يمكن فإن الحماية لحقوقهم المالية تكون لمدة حياتهم جميعاً ولمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ وفاة آخر من بقى حياً منهم.

ثانياً : بالنسبة للحقوق المجاورة لحق المؤلف:

فإن المشرع قد فرق فى النطاق الزمانى لحماية حقوق فنانى الأداء، وحقوق منتجى التسجيلات الصوتية، وحقوق هيئات البث الإذاعى.

---

(١) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٣٥٤ لسنة ١٩٥٤ الملغى فى شأن المادة ٨ منه، ص ١٣٤ مع ملاحظة أن المدة فى هذا القانون كانت خمس سنوات.

١ - بالنسبة لفناني الأداء:

قد بينت المادة ١٥٦ من القانون الحقوق المالية الاستئثارية لفنانى الأداء وكلها تدور حول حقهم فى توصيل أدائهم إلى الجمهور والترخيص بالإتاحة العلنية أو التأجير أو الإعارة للتسجيل الأصلى للأداء أو لنسخ منه، وأيضاً حقهم في تأجير أو إعارة الأداء الأصلى أو نسخ منه لتحقيق غرض تجارى مباشر أو غير مباشر، بغض النظر عن ملكية الأصل أو النسخ المؤجرة، وكذلك حقهم فى الإتاحة العلنية لأداء مسجل عبر الإذاعة أو أجهزة الحاسب الآلى أو غيرها من الوسائل، وذلك بما يحقق تلقيه على وجه الانفراد فى أى زمان أو مكان. مع الأخذ فى الاعتبار أن هذا الحكم لايسرى على تسجيل فنانى الأداء لأدائهم ضمن تسجيل سمعى بصرى ما لم يتفق على غير ذلك[1].

وحددت المادة ١٦٦ من القانون النطاق الزمانى لحماية هذه الحقوق بمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ الأداء أو التسجيل على حسب الأحوال.

٢ - بالنسبة لمنتجي التسجيلات الصوتية:

حددت المادة ١٥٧ الحقوق المالية الاستئثارية لمنتجى التسجيلات الصوتية والتى تتلخص فى حقهم فى منع أى إستغلال لتسجيلاتهم بأية طريقة من الطرق بغير ترخيص كتابى مسبق منهم، وحقهم فى الإتاحة العلنية لتسجيل صوتى بوسائل سلكية أو لاسلكية أو عبر أجهزة الحاسب الآلى أو غيرها من الوسائل.

وحددت المادة ١٦٧ النطاق الزمانى لحماية حقهم المالى فى مجال إستغلال تسجيلاتهم بمدة خمسين سنة تبدأ من تاريخ التسجيل أو النشر أيهما أبعد. وذلك فى الحدود المنصوص عليها فى هذا القانون.

٣ - بالنسبة لهيئات البث الإذاعي:

تتمتع هيئات البث الإذاعى بحق مالى استئثارى يخول لها إستغلال

---

(١) علاوة على حقهم في منع أى إستغلال لأدائهم. بأية طريقة من الطرق، بغير ترخيص كتابى مسبق منهم. وأعطت المادة أمثلة للإستغلال المحظور. (م ٧٥٦ / ٢).

برامجها لمدة عشرين سنة تبدأ من التاريخ الذى تم فيها أول بث لهذه البرامج. (م م ١٦٨).

وقد أعطى القانون لهيئات البث الإذاعى الحق فى إذاعة المصنفات التى تؤدى فى أى مكان عام بشرط أن تلتزم بإذاعة اسم المؤلف وعنوان المصنف وبسداد مقابل عادل نقدى أو عينى للمؤلف. كما يلتزم بسداد أى تعويض آخر إذا كان لذلك مقتضى. (م ١٦٩).

خاتمة:

تؤول جميع المصنفات التى تنقضى مدة حماية الحقوق المالية عليها على النحو السابق بيانه إلي الملك العام. كما تؤول أيضاً إلى الملك العام جميع المصنفات المستبعدة من الحماية بداية[١].

المطلب الثاني

مضمون وخصائص الحقوق المشمولة بالحماية

تمهيد: حقوق المؤلف والحقوق المجاورة لحق المؤلف:

نظم المشرع فى قانون حماية الملكية الفكرية حقوق المؤلف والحقوق المجاورة لحق المؤلف. وقد بين هذا التنظيم القانونى مضمون هذه الحقوق وخصائصها وحدودها. فلنر ذلك بشئ من التفصيل.

الفرع الأول: مضمون وخصائص حقوق المؤلف

تمهيد: الحق الأدبي والحق المالي للمؤلف:

سبق أن رأينا أن أهم ما يتميز به حق المؤلف أنه له طبيعة مزدوجة تشمل: **الجانب الأدبي**، والذى يمثل حقاً من الحقوق اللصيقة بشخصية المؤلف، ويكون له بمقتضاه مصلحة أدبية فى حماية شخصيته التى تتجلى فى إبداعه وإنتاجها الفكرى. **والجانب المالي:** وهو يمثل ما للمؤلف من حقوق مالية استئثارية على إبداعه وإنتاجه الفكرى، ويكون له بمقتضاه مصلحة مالية فى أن يكون له وحده إحتكار استغلال هذا الإبداع أو الإنتاج الفكرى أو الذهني استغلالاً مالياً.

---

(١) انظر فى تحديد المقصود بالملك العام (م ١٣٨/٨) من القانون حماية حقوق الملكية الفكرية.

كل جانب من هذين الجانبين يعطى لصاحبه سلطات معينة، ويتسم بخصائص خاصة. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولا : الحق الأدبي للمؤلف (le droit moral):

يعتبر الحق الأدبى من أهم ما يميز حق المؤلف، بل هذا الجانب هو الذى أعطى لحق المؤلف طابعه الخاص. والحق الأدبى يبرز الصلة الوثيقة بين الإنتاج الذهنى وبين شخص مبدعه ومفكره أو بين المصنف وبين مؤلفه مما جعل هذا الحق من الحقوق اللصيقة بالشخصية للمؤلف. هذه الصلة هى التى تخول للمؤلف السلطات اللازمة لحماية شخصيته المتمثلة فى إنتاجه وإبداعه الذهنى وتؤكد أبوته على مصنفه وتكفل احترام هذا المصنف. وهذا يقتضى منا دراسة السلطات التى يخولها هذا الحق، ثم نبين ما يتسم به هذا الحق من خصائص:

١ - السلطات التي يخولها الحق الأدبي:

تدور هذه السلطات حول تأكيد ما للمؤلف من أبوة على مصنفه والوسائل التى تكفل احترام هذا المصنف.

تنص المادة ١٤٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية على أن «يتمتع المؤلف وخلفه العام – على المصنف – بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل عنها، وتشمل هذه الحقوق ما يلى:

أولا: الحق فى إتاحة المصنف للمصنف للجمهور لأول مرة.

ثانياً : الحق فى نسبة المصنف إلى مؤلفه.

ثالثا: الحق فى منع تعديل المصنف تعديلاً يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له. ولا يعد التعديل فى مجال الترجمة إعتداءً إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلى مواطن الحذف أو التغيير أو أساء بعمله لسمعة المؤلف ومكانته».

كما أن المادة ١٤٤ من هذا القانون تنص على أن «للمؤلف وحده – إذا طرأت أسباب جدية – أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه للتداول أو بسحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم

تصرفه في حقوق الاستغلال المالي؛ ويلزم المؤلف في هذه الحالة أن يعوض مقدماً من آلت إليه حقوق الاستغلال المالي تعويضاً عادلاً يدفع في غضون أجل تحدده المحكمة وإلا زال كل أثر للحكم».

على ضوء هذه النصوص نجد أن الحق الأدبي للمؤلف يخول له أربع سلطات أساسية على النحو التالي:

أ - للمؤلف وحده سلطة تقرير نشر مصنفه من عدمه:

في هذه السلطة يتجلى الجانب الأدبي لحق المؤلف. ولهذه السلطة تأثير واضح على الجانب المالي لهذا الحق. ولذلك قرر القانون احتراماً لهذا الحق الأدبي، باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية، أن للمؤلف وحده ولخلفه العام من بعده الحق في إتخاذ القرار في إتاحة المصنف للجمهور لأول مرة أو عدم إتاحته ذلك. كما أن له أيضاً ولخلفه العام من بعده الحق في أن يقرر إعادة نشر مصنفه من عدمه.

فالمؤلف وحده هو الحكم في نشر أو عدم نشر مصنفه أو إعادة نشره أو عدم إعادته، والسبب في ذلك يرجع إلى أنه قد يقدر أن في نشر المصنف مساساً بسمعته العلمية أو الأدبية أو الفنية، أو قد يرى أن الظروف لم تعد تسمح بإعادة نشره. ولذلك لايجوز أن يتم شئ من ذلك دون ترخيص من صاحب الحق أو الأشخاص الذين يؤول إليهم الحق في نشر المصنف أو إعادة نشره كالورثة والموصى لهم، وفي حالة عدم وجود واحد من هؤلاء وذلك بعد إنقضاء مدة حماية الحقوق المالية المقررة لهذه الحقوق فإن وزارة الثقافة هي المختصة بإعطاء مثل هذا الترخيص. (م ١٤٦).

كما أن الأمر لا يقف عند هذا الحد إذ يثبت للمؤلف بمقتضى ما له من حق أدبي الحق في تقرير «طريقة النشر وشكله». فالمؤلف وحده هو الذي يقرر الكيفية والشكل الذي يتم النشر فيه للمصنف.

لكن هذه السلطة المطلقة في تقرير نشر المصنف أو عدم نشره أو إعادة نشره من عدمه والكيفية والشكل الذي يتم فيه هذا النشر أخضعها القانون لبعض القيود جديرة بالاعتبار. كما لو أن المصلحة العامة إقتضت إعادة نشر بعض المصنفات أو إعادة تقديمها في شكل آخر جديد دون إذن المؤلف أو دون تعويضه.

كما أن المشرع أجاز لأى شخص أن يطلب من الوزارة المختصة[1] منحه ترخيصاً شخصياً للنسخ[2] أو الترجمة أو بهما معاً لأى مصنف محمى طبقاً لأحكام هذا القانون، وذلك دون إذن المؤلف ولأغراض حددها هذا القانون نظير سداد تعويض عادل للمؤلف أو خلفه، وبشرط ألا يتعارض هذا الترخيص مع الاستغلال العادى للمصنف، أو يلحق ضرراً غير مبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف أو لأصحاب حق المؤلف.

واشترط القانون أن يكون إصدار الترخيص بقرار مسبب، وذلك ليسمح للقضاء بسط رقابته عليه. كما يجب أن يحدد فى الترخيص نطاقه الزمانى والمكانى. وحدد المشرع الأغراض التى من أجلها يمنح هذا الترخيص وهى الوفاء باحتياجات التعليم بكافة أنواعه ومستوياته. (م ١٧٠).

وقد أحال القانون إلى لائحته التنفيذية لتحديد حالات وشروط منح هذا الترخيص وفئات الرسم المستحق واشترط بألا يتجاوز ألف جنيه عن كل مصنف. (م ١٧٠ الفقرة الأخيرة).

ب - حق المؤلف في نسبة مصنفه إليه وحده:

تنص المادة ١٤٣ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية على أن «يتمتع المؤلف وخلفه العام – على المصنف – بحقوق أدبية أبدية غير قابلة للتقادم أو للتنازل عنها، وتشمل هذه الحقوق ما يلى: أولاً .... ثانياً: الحق فى نسبة المصنف إلى مؤلفه ....

هذا الحق يعتبر أثراً مباشراً لطبيعة حق المؤلف – فحيث أن الإنتاج الذهنى أو الفكرى يعد إنعكاساً لشخصية المؤلف، فإن ذلك يكشف عن الصلة الوثيقة بين الإنتاج الذهنى وبين مفكره أو بين المصنف وبين مؤلفه.

---

(١) الوزارة المختصة بصفة عامة هى وزارة الثقافة، لكن بالنسبة لهيئات الإذاعة فإن الوزارة المختصة هى وزارة الإعلام، وبالنسبة إلى برامج الحاسب وقواعد البيانات وزارة الاتصالات والمعلومات. (انظر م ١٣٨/١٨).

(٢) يقصد بالنسخ استحداث صورة أو أكثر مطابقة للأصل من مصنف أو تسجيل صوتى بأية طريقة أو فى أى شكل بما فى ذلك التخزين الألكترونى الدائم أو الوقتى للمصنف أو للتسجيل الصوتى (انظر فى ١٣٨/٩).

هذا الصلة تنشئ للمؤلف مصلحة معنوية تحتم أن ينسب هذا الإنتاج إليه، وبالتالى تخول له السلطات التى تؤكد أبوته على مصنفه وكفالة إحترام هذا المصنف وحمايته.

هذا الحق يعطي للمؤلف الحرية المطلقة فى تقرير نشر مصنفه باسمه أو بدون اسم مطلقاً أو باسم، مستعار. لكن فى هاتين الحالتين الأخيرتين يلزم ألا يكون هناك أدنى شك فى حقيقة شخصية المؤلف[1]. ويبقى للمؤلف الحق فى الكشف عن نسبة المصنف إليه فى أى وقت شاء، ومهما طال الزمن. فهذا الحق متصل بشخصيته ويعتبر من الحقوق الأدبية الأبدية التى لايجرى عليها حكم التقادم، كما لايجوز التنازل عنها. (م ١٤٣).

هذا الحق يعطي للمؤلف دفع أى إعتداء يقع عليه، فيمنع كل سرقة أو تقليد لمصنفه من جانب الغير. لكن المادة ١٧١ أجازت للغير القيام ببعض الأعمال بالرغم من نشر المصنف[2]، وكذلك المادة

---

(١) وبصدد تحديد المادة ٣/١٣٨ لمعنى مصطلح «المؤلف» نصت على أن «المؤلف : (هو) الشخص الذى يبتكر المصنف، ويعد مؤلفاً للمصنف من يذكر اسمه عليه أو ينسب إليه عند نشره باعتباره مؤلفاً له ما لم يقم الدليل على غير ذلك».

• ويعتبر مؤلفاً للمصنف من ينشره بغير اسمه أو باسم مستعار بشرط ألا يقوم شك فى معرفة حقيقة شخصة .....».

(٢) مادة ١٧١ - مع عدم الإخلال بحقوق المؤلف الأدبية طبقاً لأحكام هذا القانون، ليس للمؤلف بعد نشر مصنفه أن يمنع الغير من القيام بأى عمل من الأعمال الآتية:

أولا : أداء المصنف فى اجتماعات داخل إطار عائلى أو بطلاب داخل المنشأة التعليمية مادام ذلك يتم بدون تحصيل مقابل مالى مباشر أو غير مباشر.

ثانيا : عمل نسخة وحيدة من المصنف لاستعمال الناسخ الشخصى المحض وبشرط ألا يخل هذا النسخ بالاستغلال العادى للمصنف أو يلحق ضرراً غير مبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف أو لأصحاب حق المؤلف. ومع ذلك يكون للمؤلف أو خلفه بعد نشر مصنفه أن يمنع الغير من القيام بدون إذنه بأى من الأعمال الآتية:

- نسخ أو تصوير مصنفات الفنون الجميلة أو التطبيقية أو التشكيلية ما لم تكن فى مكان عام أو المصنفات المعمارية.
- نسخ أو تصوير كل أو جزء جوهرى لنوتة مصنف موسيقى.
- نسخ أو تصوير كل أو جزء جوهرى لقاعدة بيانات أو برامج حاسب آلى.

ثالثاً: عمل نسخة وحيدة من برنامج الحاسب الآلى بمعرفة الحائز الشرعى له بغرض الحفظ أو الإحلال عند فقد النسخة الأصلية أو تلفها أو عدم صلاحيتها للاستخدام، أو الاقتباس من =

١٧٢[١] من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية.

= البرنامج وإن جاوز هذا الاقتباس القدر الضرورى لاستخدام هذا البرنامج مادام فى حدود الغرض المرخص به ويجب إتلاف النسخة الأصلية أو المقتبسة بمجرد زوال سند الحائز، وتحدد اللائحة التنفيذية لهذا القانون حالات وشروط الاقتباس من البرنامج.

رابعاً : عمل دراسات تحليلية للمصنف أو مقتطفات أو مقتبسات منه بقصد النقد أو المناقشة أو الإعلام.

خامساً: النسخ من مصنفات محمية وذلك للاستعمال فى إجراءات قضائية أو إدارية فى حدود ما تقتضيه هذه الإجراءات مع ذكر المصدر واسم المؤلف.

سادساً : نسخ أجزاء قصيرة من مصنف فى صورة مكتوبة أو مسجلة تسجيلاً سمعياً أو بصرياً أو سمعياً بصرياً، وذلك لأغراض التدريس بهدف الإيضاح أو الشرح، بشرط أن يكون النسخ فى الحدود المعقولة وألا يتجاوز الغرض منه، وأن يذكر اسم المؤلف وعنوان المصنف على كل النسخ كلما كان ذلك ممكناً عملاً.

سابعاً: نسخ مقال أو مصنف قصير أو مستخرج من مصنف إذا كان ذلك ضرورياً لأغراض التدريس فى منشآت تعليمية، وذلك بالشرطين الآتيين:

- أن يكون النسخ لمرة وحيدة أو فى أوقات منفصلة غير متصلة.
- أن يشار إلى اسم المؤلف، وعنوان المصنف على كل نسخة.

ثامناً: تصوير نسخة وحيدة من المصنف بواسطة دار للوثائق أو المحفوظات أو بواسطة المكتبات التى لاتستهدف الربح - بصورة مباشرة أو غير مباشرة - وذلك فى أى من الحالتين الآتيتين:

- أن يكون النسخ لمقالة منشورة أو مصنف قصير أو مستخرج من مصنف متى كان الغرض من النسخ تلبية طلب شخص طبيعى لاستخدامها فى دراسة أو بحث على أن يتم ذلك لمرة واحدة أو على فترات متفاوتة.
- أن يكون النسخ بهدف المحافظة على النسخة الأصلية أو لتحل النسخة محل نسخة فقدت أو تلفت أو أصبحت غير صالحة للاستخدام ويستحيل الحصول على بديل لها بشروط معقولة.

تاسعاً : النسخ المؤقت للمصنف الذى يتم تبعاً أو أثناء البث الرقمى له أو أثناء القيام بعمل يستهدف استقبال مصنف مخزن رقمياً وفى إطار التشغيل العادى للأداة المستخدمة ممن له الحق فى ذلك.

(١) **مادة ١٧٢** - مع عدم الإخلال بحقوق المؤلف الأدبية طبقاً لأحكام هذا القانون فليس للمؤلف أو خلفه أن يمنع الصحف أو الدوريات أو هيئات الإذاعة، فى الحدود التى تبررها أغراضها مما يلى:

أولا : نشر مقتطفات من مصنفاته التى أتيحت للجمهور بصورة مشروعة، ومقالاته المنشورة المتعلقة بالموضوعات التى تشغل الرأى العام فى وقت معين، ما لم يكن المؤلف قد حظر=

ج - للمؤلف وحده سلطة إدخال تعديل أو تحوير في مصنفه وحقه في منع القيام بشئ من ذلك دون ترخيص أو إذن منه:

حق المؤلف في إدخال تعديل أو تحوير في مصنفه يعتبر مرتبط تماماً بما سبق ويعتبر امتداداً له – فالمؤلف له وحده الحق في إدخال ما يراه مناسباً من التعديلات علي مصنفه، ويستوى أن يكون هذا التعديل بالحذف أو الإضافة أو بأى أسلوب آخر.

الوجه الآخر لهذا الحق أن للمؤلف الحق في منع تعديل المصنف تعديلاً يعتبره المؤلف تشويهاً أو تحريفاً له (م ١٤٣/ثالثا) . لكن يجوز إدخال تعديلات أو تغييرات علي المصنف بترخيص من المؤلف أو بإذن منه، فهو وحده الذي يقدر مدى ملائمة هذه التعديلات أو التغييرات دون معقب عليه. كما لايعد التعديل في مجال الترجمة إعتداءاً علي حق المؤلف إلا إذا أغفل المترجم الإشارة إلي مواطن الحذف أو التغيير أو أساء بعمله لسمعة المؤلف ومكانته (م ١٤٣ / ثالثا).

كما أنه يجب أن يتم تداول المصنف بعنوانه الأصلى أو ترجمته المطابقة له. ولا يجوز تعديل هذا العنوان أو تغييره إلا بموافقة كتابية من المؤلف أو ممن يخلفه.

د - للمؤلف حق سحب مصنفه من التداول ولو بعد نشره:

يذهب المشرع في حماية الحق الأدبى للمؤلف باعتباره من الحقوق اللصيقة بالشخصية إلي أبعد حد متصور بالسماح للمؤلف في سحب المصنف من التداول بعد نشره، لأنه قد يرى أن في استمرار تداوله بين الجمهور ما يسئ إلي سمعته العلمية أو الأدبية أو الفنية، أو غير ذلك من الإعتبارات التي يقدرها. ولكن كل ذلك مشروط بشرطين: الأول، الحصول علي موافقة القضاء وذلك في

ذلك عند النشر، ويشرط الإشارة إلي المصدر الذى نصلت عنه وإلي اسم المؤلف وعنوان المصنف.

ثانياً : نشر الخطب والمحاضرات والندوات والأحاديث التي تلقى في الجلسات العلنية للمجالس النيابية والهيئات التشريعية والإدارية والاجتماعات العلنية العلمية والأدبية والفنية والسياسية والاجتماعية والدينية ويشمل ذلك المرافعات القضائية في الجلسات العلنية. ومع ذلك يظل للمؤلف وحده أو خلفه الحق في جمع هذه المصنفات في مجموعات تنسب إليه.

ثالثا : نشر مقتطفات من مصنف سمعى أو بصرى أو سمعي بصرى متاح للجمهور وذلك في سياق التغطية الإخبارية للأحداث الجارية.

حالة وجود أسباب جدية تدعو إلى ذلك. الثاني: تعويض المتنازل له عن حق الاستغلال المالى تعويضاً عادلاً، وذلك فى حالة تنازله عن الاستغلال المالى لمصنفه.

وقد نصت المادة ١٤٤ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية على أنه «للمؤلف وحده - إذا طرأت أسباب جدية - أن يطلب من المحكمة الابتدائية الحكم بمنع طرح مصنفه للتداول أو بسحبه من التداول أو بإدخال تعديلات جوهرية عليه برغم تصرفه في حقوق الاستغلال المالى، ويلزم المؤلف فى هذه الحالة أن يعوض مقدماً[1] من آلت إليه حقوق الاستغلال المالى تعويضاً عادلاً يدفع فى غضون أجل تحدده المحكمة، وإلا زال كل أثر للحكم».

٢ - خصائص الحق الأدبي للمؤلف:

أهم ما يتميز به الحق الأدبى للمؤلف أنه حق من الحقوق اللصيقة بالشخصية، وأنه حق غير مالى. ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

أ - الحق الأدبي للمؤلف من الحقوق اللصيقة بالشخصية - انتقاله بالميراث استثناء:

هذا الحق يعتبر من صميم المقومات المعنوية للشخصية إذ تمس الجانب الذهنى أو الفكرى للشخص وعلى وجه الخصوص الجانب الإبداعى للإنسان. فأفكار الشخص هى من صنعه وخلقه تعتبر جزءاً لايتجزأ من شخصيته. والأصل فى الحقوق اللصيقة بالشخصية تثبت لشخص لا تغيره، ولذلك فهى تنقضى بوفاة صاحبها ولا تنتقل بالميراث إلى الورثة. لكن استثناءً من هذا الأصل قرر المشرع أن المؤلف يتمتع بحقوق أدبية أبدية. (م١٤٣).

وعلى ذلك فإن الحق الأدبى للمؤلف ينتقل استثناء إلى ورثته بعد وفاته. والحكمة من ذلك هى بسط الحماية للحق الأدبى للمؤلف حتى بعد وفاته واحترام إرادته فى تقرير مصير حقه على مصنفه بعد الوفاة. لكن القانون فى تنظيمه لذلك حاول أن يوفق بين الصالح الخاص والصالح العام. ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

- إن دور الورثة يقتصر على الحفاظ على كرامة المؤلف وسمعته، كما ارتضاها هو لنفسه قبل وفاته[2]. ولذلك تتحدد سلطة الورثة على ضوء ذلك،

---

(١) انظر فى إنتقاد فكرة دفع التعويض مقدماً: محمدعلى عرفة، المرجع السابق، ج ١ فقرة ٣٨٨، ص ٥٣١؛ حسن كيرة، أصول القانون، ص ٦٥٩.

(٢) انظر توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٣٤٢، ص ٥٦٨.

فليس لهم مثلاً سحب المصنف من التداول إذا تم نشره في حياة مؤلفه. لكن للورثة وحدهم حق إدخال ما يرونه من تعديلات على المصنف ومنع الغير من إدخال أى تعديل إلا بعد إذنهم. للورثة أيضاً الحق في السهر على أن ينسب المصنف إلى مورثهم، وأن يدفعوا أى إعتداء يقع على هذا الحق.

- على الورثة احترام إرادة المؤلف في تقرير مصير مؤلفه وإنفاذها بعد وفاته. فإذا كان المؤلف قد أوصى بمنع النشر أو بتعيين موعد له أو بأى أمر آخر وجب تنفيذ ما أوصى به.

فإذا لم يوص المؤلف بشئ فإن سلطة الورثة في منع نشر المصنف مقيدة بالصالح العام. فقد أعطى القانون لأى شخص أن يطلب من الوزارة المختصة منحه ترخيصاً شخصياً للنسخ أو الترجمة أو أيهما معاً لأى مصنف محمى طبقاً لقانون حماية حقوق الملكية الفكرية. وذلك دون إذن المؤلف فى حياته أو ورثته بعد وفاته إذا كان ذلك لأغراض الوفاء باحتياجات التعليم بكافة أنواعه ومستوياته نظير سداد تعويض عادل للمؤلف أو خلفه. ويشترط فى الترخيص أن يكون بقرار مسبب يحدد فيه النطاق الزمانى والمكانى له والغرض الذى منح من أجله. كما يشترط ألا يتعارض هذا الترخيص مع الإستغلال العادى للمصنف، أو يلحق ضرراً غير مبرر بالمصالح المشروعة للمؤلف أو لأصحاب حق المؤلف. وقد أحال القانون إلى اللائحة التنفيذية لهذا القانون لتحديد حالات وشروط منح الترخيص وفئات الرسم المستحق بما لايجاوز ألف جنيه عن كل مصنف (م ١٧٠). فى المقابل تباشر الوزارة المختصة الحقوق الأدبية السابق الإشارة إليها فى حالة عدم وجورد وارث أو موصى له، وذلك بعد إنقضاء مدة الحماية المقررة للحقوق المالية السابق الإشارة إليها (انظر المواد من ١٦٠ - ١٦٩).

ب - الحق الأدبي للمؤلف يعتبر من الحقوق غير المالية - نتائج:

إذا كان الحق الأدبى للمؤلف من الحقوق اللصيقة بالشخصية فهو بالقطع لايعتبر من الحقوق المالية. ويترتب على ذلك **النتائج الآتية:**

(١) أنه لايجوز التصرف فيه أو التنازل عنه (م ١٤٣). وفى الحالة التى يتنازل المؤلف فيها عن حقه المالى فى إستغلال المصنف، فإنه يبقى له دائماً على المصنف حقه الأدبى الذى لايجوز له التنازل عنه، وهو الذى يخول له كل السلطات السابق الإشارة إليها. ويقع باطلا بطلاناً مطلقاً كل تصرف يرد على أى حق من الحقوق التى يخوله الحق الأدبى للمؤلف والتى سبق الإشارة إليها (م ١٤٥).

(٢) أنه لايجوز الحجز على هذا الحق، لأن السماح بالحجز عليه سيؤدى فى النهاية إلى بيعه وما يستتبع ذلك من نشر المصنف رغماً عن إرادة مؤلفه مما يشكل ذلك بالتالى إعتداء على هذا الحق.

(٣) أنه لايسقط بالتقادم أو بعدم الاستعمال مهما طال الزمان (م ١٤٣). وذلك على عكس الحق المالى الذى يسقط بانتهاء المدة التى يحددها القانون (انظر المواد من ١٦٠ - ١٦٩).

ثانياً : الحق المالي للمؤلف (Le droit pécuniaire) :

هذا الحق يعبر عن الجانب المادى لحق المؤلف، أى المصلحة المالية التى تخول لصاحبه استغلال مصنفه مالياً بأية طريقة من طرق الاستغلال. ولذلك يكون للمؤلف على مصنفه جميع السلطات التى يتمكن بها من الإفادة من مصنفه. وللخلف العام للمؤلف نفس هذه السلطات بعد وفاته.

وقد عبر المشرع عن ذلك بشكل مفصل فى المادة ١٤٧ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية فنصت على أن «يتمتع المؤلف وخلفه العام من بعده. بحق استئثارى فى الترخيص أو المنع لأى استغلال لمصنفه بأى وجه من الوجوه وبخاصة عن طريق النسخ أو البث الإذاعى، أو إعادة البث الإذاعى أو الأداء العلنى أو التوصيل العلنى، أو الترجمة، أو التحرير، أو التأجير، أو الإعارة، أو الإتاحة للجمهور، بما فى ذلك إتاحته عبر أجهزة الحاسب الآلي أو من خلال شبكات الانترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصالات أو غيرها من الوسائل.

على ضوء ذلك سنعرض أولاً : للسلطات التى يخولها الحق المالى للمؤلف، ثم بعد ذلك نتعرف على خصائص هذا الحق.

١ - السلطات التي يخولها الحق المالي للمؤلف:

وسنعرض هنا لجوهر هذه السلطات وحدودها، ثم نبين كيفية استغلال المؤلف لمصنفه استغلالاً مالياً.

أ - جوهر هذه السلطات وحدودها:

يتمتع المؤلف وخلفه العام من بعده، بحق استئثارى فى الترخيص أو المنع لأى استغلال لمصنفه بأى وجه من الوجوه. وقد عددت المادة ١٤٧ بعض هذه الوجوه الشائعة فى الوقت الحاضر بحيث يمكن أن يدخل وجوه أخرى للاستغلال فى المستقبل.

وعلى ذلك فيكون للمؤلف وحده الحق فى تقرير نشر المصنف ونسخه أو

بثه أو إعادة بثه إذاعياً. وكذلك الأداء أو التوصيل العلنى لمصنفه. ويمتد حق المؤلف ليشمل حقه في ترجمة مصنفه أو تحويره أو تأجيره أو إعارته أو إتاحته للجمهور. وإذا كان الأمر يتعلق ببرامج الحاسب الآلى فإن لمن له الحق عليها السماح بإتاحتها عبر أجهزة الحاسب الآلي أو من خلال شبكات الانترنت أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصالات أو غيرها. وللمؤلف الحق فى منع أى استغلال لمصنفه بأى وجه من الوجوه السابقة أو ما يجد منها.

لكن هذا الحق الاستئثارى في التأجير لاينطبق على برامج الحاسب الآلى إذا لم تكن هى المحل الأساسى للتأجير. كما أنه لاينطبق على تأجير المصنفات السمعية البصرية متى كان هذا لا يؤدى إلى انتشار نسخها على نحو يلحق ضرراً مادياً بصاحب الحق الاستئثارى. (م ٢/١٤٧).

– ويتمتع المؤلف وخلفه العام من بعده بالحق فى تتبع أعمال التصرف فى النسخة الأصلية لمصنفه، والذى يخوله الحصول على نسبة مئوية معينة لاتجاوز عشرة فى المائة من الزيادة التى تحققت من كل عملية تصرف فى هذه النسخة. (م ٣/١٤٧).

لكن لايجوز للمؤلف منع الغير من استيراد أو استخدام أو بيع أو توزيع مصنفه المحمى وفقاً لأحكام قانون حماية حقوق الملكية الفكرية إذا قام باستغلاله وتسويقه فى أية دولة أو رخص للغير بذلك. (م ٤/١٤٧).

كما أن حماية حق المؤلف وحق من ترجم مصنفه إلى لغة أجنبية أخرى تنتهى إذا لم يباشر أى منهما ترجمته إلى اللغة العربية خلال ثلاث سنوات من تاريخ أول نشر للمصنف الأصلى أو المترجم. (م ١٤٨).

– مما تجدر الإشارة إليه أنه لا يترتب على تصرف المؤلف فى النسخة الأصلية من مصنفه، أيا كان نوع هذا التصرف، نقل حقوقه المالية. (م١٥٢/ ١) مع ذلك لايجوز إلزام المتصرف إليه بأن يمكن المؤلف من نسخ أو نقل أو عرض النسخة الأصلية، وذلك كله ما لم يتفق على غير ذلك. (م١٥٢/ ٢).

– لايجوز للمؤلف أن يتصرف فى مجموعه إنتاجه الفكرى المستقبلى أيا كان هذا التصرف. ومخالفة هذا الحظر ترتب البطلان المطلق للتصرف. (م ١٥٣).

ب - كيفية استغلال المؤلف لمصنفه استغلالاً مالياً :

– القاعدة أن للمؤلف أن ينقل إلى الغير كل أو بعض حقوقه المالية السابق

الإشارة إليها. (م ١٤٩/١) ويتم ذلك بمقتضى إتفاق بين المؤلف والغير. ويشترط فى هذا الاتفاق ما يلى:

(١) الكتابة لانعقاد هذا الاتفاق. فإذا لم يتم الاتفاق على هذا النحو وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً.

(٢) تعيين الحق محل التصرف تعييناً نافياً للجهالة ببيان مداه والغرض منه ومدة الاستغلال ومكانه. فإذا كان التصرف يشمل أكثر من حق فإن هذا التعيين يكون بالنسبة لكل حق على حدة.

ويترتب على ذلك أن يكون المؤلف مالكاً لكل ما لم يتنازل عنه صراحة من حقوق مالية. كما أنه لايعد ترخيصه باستغلال أحد هذه الحقوق ترخيصاً منه باستغلال أى حق مالى آخر يتمتع به المؤلف على المصنف نفسه. (م١٤٩).

فى المقابل يمتنع على المؤلف القيام بأى عمل من شأنه تعطيل استغلال الحق محل التصرف ما لم يكن هناك إخلالاً بحق من الحقوق الأدبية للمؤلف. (م ١٤٩/٤).

وللمؤلف أن يتقاضى المقابل النقدى أو العينى الذى يراه عادلاً نظير نقل حق أو أكثر من حقوق الاستغلال المالى لمصنفه إلى الغير. ويتحدد هذا المقابل إما على أساس مشاركة نسبية فى الإيراد الناتج من الاستغلال، وإما على أساس مبلغ جزافى. كما للمؤلف أن يجمع بين الأساسين. (م ١٥٠).

- **حق المؤلف في مراجعة هذا المقابل عن طريق القضاء:**

وحتى يكفل القانون الحماية الكاملة للمؤلف أعطى له أو لخلفه من بعده اللجوء إلى المحكمة الابتدائية بطلب إعادة النظر فى قيمة المقابل المتفق عليه إذا تبين أن هذا الاتفاق كان مجحفاً بحقوقه منذ البداية أو أصبح كذلك نتيجة لظروف طرأت بعد التعاقد ولكن بشرط مراعاة حقوق الغير المتعاقد معه وعدم الإضرار به. (م ١٥١).

وكل ذلك يرجع فيه لتقدير القاضى، الذى يمكن له أن يلجأ إلى الخبراء للفصل فى هذا النزاع.

٢ - خصائص الحق المالي:

إن هذا الحق يعبر عن الجانب المادى من حق المؤلف، ويتسم هذا الحق بعدة خصائص نجملها فيما يلى:

أ - هذا الحق قابل للتصرف فيه والتنازل عنه:

هذا الحق يقبل التصرف فيه بكافة أنواع التصرف. وعادة يكون التصرف فيه عن طريق التنازل عنه إلى الغير على النحو السابق بيانه. وهذا التصرف قد

يكون نهائياً أو مقيداً بزمن معين، وقديكون كاملاً أو جزئياً. وقد يكون هذا التصرف حال الحياة أو بعد الوفاة عن طريق الوصية.

هذا التصرف قد يرد على مصنف لم يتم إعداده بعد، وهذا جائز طبقاً للقواعد العامة (م ١٣١ مدنى) لكن يجب ألا ينصب هذا التصرف على مجموع إنتاج المؤلف الفكرى المستقبلى وإلا وقع باطلاً بطلاناً مطلقاً. (م١٥٣).

وقد تطلب القانون عدة شروط فى هذا التصرف وقد سبق أن عرضنا لها بصدد السلطات التى يخولها الحق المالى للمؤلف.

ب - يعتبر الحق المالي للمؤلف عنصر من عناصر الذمة المالية:

إذا قرر المؤلف إستغلال حقه استغلالاً مالياً فإن ما ينشأ للمؤلف من حقوق نتيجة هذا الاستغلال تعتبر عنصراً من عناصر ذمته المالية، وبالتالى تدخل فى ضمانة العام.

يترتب على ذلك أنه بعد نشر المصنف أو إتاحته للجمهور بأى وجه من الوجوه أو بأى وسيلة من الوسائل فإنه يحوز الحجز على نسخ المصنف الذى تم نشره. كما يجوز أيضاً للدائن الحاجز أن يحجز على ثمن النسخ تحت يد الغير، كالناشر أو المطبعة مثلاً.

وقد نصت المادة ١٥٤ على أنه «يجوز الحجز على الحقوق المالية للمؤلفين على المنشور أو المتاح للتداول من مصنفاتهم».

أما فى حالة وفاة المؤلف فإنه يكفى موافقته على النشر دون أن يحصل النشر فعلاً حال حياته حتى يمكن الحجز عليها، وفى هذه الحالة يقوم الدائنون بالنشر والبيع لاستيفاء حقوقهم. وفى ذلك تنص المادة ١٥٤ على أنه «... ولا يجوز الحجز على المصنفات التى يتوفى صاحبها قبل نشرها ما لم يثبت أن إرادته كانت قد إنصرفت إلى نشرها قبل وفاته».

ج - إنتقال الحق المالي للمؤلف إلي الورثة وتوقيته:

إذا كان الحق المالى يعتبر عنصر من عناصر الذمة المالية للمؤلف فإن يستتبع بالضرورة إنتقاله إلى ورثته بعد وفاته باعتباره عنصراً من عناصر التركة، شأنه فى ذلك شأن سائر الأموال الأخرى. ويكون للورثة بمقتضى هذا الحق الاستغلال المالى للمصنف. لكن هذا الحق، على خلاف الحق الأدبى، موقوت بمدة معينة ينقضى بعدها هذا الحق ويصبح جزء من الثروة الفكرية العامة أو الملك العام على النحو السابق بيانه.

وبالنسبة للاستغلال التجارى أو المهنى للمصنف أو التسجيل الصوتى أو

الأداء أو البرنامج الإذاعى الذى يسقط فى الملك العام فإن القانون اشترط الحصول على ترخيص من الوزارة المختصة مقابل رسم تحدده اللائحة التنفيذية لقانون حماية حقوق الملكية الفكرية بما لا يجاوز ألف جنيه. (م ١٨٣).

الفرع الثاني: مضمون وخصائص الحقوق المجاورة لحق المؤلف

سنعرض لمضمون وخصائص حقوق فنانى الأداء، ومنتجى التسجيلات الصوتية، وهيئات الإذاعة.

أولاً: فنانو الأداء:

يتمتع فنانو الأداء بحق أدبى وحقوق مالية.

أ - الحق الأدبي لفناني الأداء:

يخول الحق الأدبى لفناني الأداء السلطات الآتية:

(١) الحق فى نسبة الأداء الحى أو المسجل إلى فنانى الأداء، على النحو الذى أبدعوه عليه.

(٢) الحق فى منع أى تغيير أو تحريف أو تشويه فى أدائهم ويباشر فنانو الأداء هذه السلطات حال حياتهم. ويتمتع بنفس هذه السلطات خلفهم العام بعد وفاتهم. وفى حالة عدم وجود وارث أو موصى له وذلك بعد إنقضاء مدة حماية الحقوق المالية التى سوف نعرض لها فيما بعد تقوم وزارة الثقافة بمباشرة هذه السلطات التى يخولها الحق الأدبى (انظر المادة ١٥٥).

ب - الحقوق المالية الاستئثارية لفناني الأداء:

يتمتع فنانو الأداء بالحقوق المالية الاستئثارية الآتية:

(١) توصيل أدائهم إلى الجمهور والترخيص بالإتاحة العلنية أو التأجير أو الإعارة للتسجيل الصوتى للأداء أو النسخ منه.

(٢) منع أى إستغلال لأدائهم، بأية طريقة من الطرق، بغير ترخيص كتابى مسبق منهم. ويعد إستغلالاً محظوراً بوجه خاص تسجيل هذا الأداء الحى على دعامة أو تأجيرها بهدف الحصول على عائد تجارى مباشر أو غير مباشر أو البث الإذاعى لها إلى الجمهور.

(٣) تأجير أو إعارة الأداء الأصلى أو نسخ منه لتحقيق غرض تجارى مباشر أو غير مباشر، بغض النظر عن ملكية الأصل أو النسخ المؤجرة.

(٤) الإتاحة العلنية لأداء مسجل عبر الإذاعة أو أجهزة الحاسب الآلى أو

غيرها من الوسائل، وذلك بما يحقق تلقيه على وجه الانفراد فى أى زمان أو مكان.

ويستثنى مما سبق تسجيل فنانى الأداء لأدائهم ضمن تسجيل سمعى بصرى ما لم يتفق على غير ذلك. (م ١٥٦).

ثانياً: حقوق منتجي التسجيلات الصوتية:

تقتصر حقوق منتجى التسجيلات الصوتية على الحقوق المالية حيث لا محل للحق الأدبى بالمفهوم السابق تحديده.

ويتمتع منتجو التسجيلات الصوتية بالحقوق المالية الاستئثارية الآتية:

(١) منع أى إستغلال لتسجيلاتهم بأية طريقة، من الطرق بغير ترخيص كتابى مسبق منهم. ويعد بوجه خاص إستغلالاً محظوراً فى هذا المعنى نسخها أو تأجيرها أو البث الإذاعى لها أو إتاحتها عبر أجهزة الحاسب الآلى أو غيرها من الوسائل.

(٢) الإتاحة العلنية لتسجيل صوتى بوسائل سلكية أو لاسلكية أو عبر أجهزة الحاسب الآلى أو غيرها من الوسائل. (م ١٥٧).

ثالثاً: حقوق هيئات الإذاعة:

تقتصر أيضاً حقوق هيئات الإذاعة على الحقوق المالية على تسجيلاتها، حيث لا محل للحق الأدبى لأنها لا تعتبر من الإنتاج الذهنى أو الفكرى بالمعنى الفنى الدقيق.

وتتمتع هيئات الإذاعة بالحقوق المالية الاستئثارية الآتية:

(١) منع الترخيص باستغلال تسجيلاتها.

(٢) منع أى توصيل لتسجيلها التليفزيونى لبرامجها إلى الجمهور بغير ترخيص كتابى مسبق منها. ويعد بوجه خاص إستغلالاً محظوراً تسجيل هذه البرامج أو عمل نسخ منها أو بيعها أو تأجيرها أو إعادة بثها أو توزيعها أو نقلها إلى الجمهور بأية وسيلة كانت بما فى ذلك الإزالة أو الإتلاف لأية حماية تقنية لهذه البرامج كالتشفير أو غيره.

- وينطبق على أصحاب الحقوق المجاورة جميع الأحكام المتعلقة بكيفية إستغلال المؤلف لمصنفه إستغلالاً مالياً السابق عرضها فنحيل إليها منعاً للتكرار. (م ١٥٩/١) مع ملاحظة أن فنانى الأداء وهيئات الإذاعة لهم الحق فى تقاضى مقابل مالى عادل لمرة واحدة فقط نظير الاستخدام المباشر أو غير المباشر للبرامج المنشورة فى الأغراض التجارية للإذاعة أو التوصيل إلى

الجمهور ما لم يتم الإتفاق على خلاف ذلك ودون الإخلال بما نص عليه القانون لهم من حقوق إستئثارية. (م ١٥٩/٢).

المطلب الثالث

وسائل الحماية لحقوق المؤلف والحقوق المجاورة

بعد ما عرضنا لنطاق الحماية سواء من حيث الشروط أو الحقوق أو الأشخاص أو الزمان، ووقفنا على مضمون وخصائص الحقوق المشمولة بالحماية، حقوق المؤلف، والحقوق المجاورة لحق المؤلف، فإنه يجب أن نبين الآن وسائل الحماية التى كفلها القانون لهذه الحقوق.

تشمل وسائل الحماية الإجراءات التحفظية التى رصدها القانون لهذا الغرض، والجزاء المدنى، والجزاء الجنائى، ثم نعرض فى النهاية للالتزامات التى تقع على الناشرين والطابعين والمنتجين وجزاء الإخلال بها.

الفرع الأول: الإجراءات التحفظية والجزاء المدني

سنعرض أولاً للإجراءات التحفظية التى رصدها القانون عند الاعتداء على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة لحق المؤلف، ثم نعرض بعد ذلك للجزاء المدنى.

أولا: الإجراءات التحفظية:

يقصد من هذه الإجراءات المحافظة على حق المؤلف أو أحد الحقوق المجاورة المعتدى عليه إلى أن يفصل فى دعواه ضد المعتدى، وذلك حتى لا يلحقه ضرراً كبيراً من جراء طول أمد النزاع.

وقد نصت المادة ١٧٩ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية على أن «لرئيس المحكمة المختصة بأصل النزاع، بناء على طلب ذى الشأن، وبمقتضى أمر يصدر على عريضة، أن يأمر بإجراء أو أكثر من الإجراءات التالية أو غيرها من الإجراءات التحفظية المناسبة، وذلك عند الاعتداء على أى من الحقوق المنصوص عليها فى هذا الكتاب:

(١) إجراء وصف تفصيلى للمنصف أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى.

(٢) وقف نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى أو عرضه أو نسخه أو صناعته.

(٣) توقيع الحجز على المنصف أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى الأصلى أو على نسخه وكذلك على المواد التى تستعمل فى إعادة نشر هذا المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى أو استخراج

نسخ منه بشرط أن تكون تلك المواد غير صالحة إل لإعادة نشر المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى.

(٤) إثبات واقعة الاعتداء على الحق محل الحماية.

(٥) حصر الإيراد الناتج عن استغلال المصنف أو الأداء أو التسجيل الصوتى أو البرنامج الإذاعى وتوقيع الحجز على هذا الإيراد فى جميع الأحوال.

ولرئيس المحكمة فى جميع الأحوال أن يأمر بندب خبير أو أكثر لمعاونة المحضر المكلف بالتنفيذ، وأن يفرض على الطالب إيداع كفالة مناسبة.

ويجب أن يرفع الطالب أصل النزاع إلى المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الأمر وإلا زال كل أثر له.

- وقد أجاز القانون لذوى الشأن التظلم من الأمر الصادر بإجراء من تلك الإجراءات إلى رئيس المحكمة الآمر خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور الأمر أو إعلانه على حسب الأحوال.

ومن سلطة رئيس المحكمة تأييد الأمر أو إلغاؤه كلياً أو جزئياً أو تعيين حارس مهمتة إعادة نشر المصنف أو ما فى حكمه أو إستغلاله أو عرضه أو صناعته أو استخراج نسخ منه، ويودع الأيراد الناتج خزانة المحكمة إلى أن يفصل فى أصل النزاع. (م ١٨٠).

ثانياً : الجزاء المدني:

أوجب القانون على طالب الإجراء التحفظى رفع دعوى بأصل النزاع إلى المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الأمر وإلا زال كل أثر له.

وعند طرح النزاع على المحكمة ستباشر المحكمة الدعوى كغيرها من الدعاوى وطبقاً لأحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية إلى أن يتم حسم النزاع وصدور حكم فيه. ولم ينص القانون الحالى - على خلاف القانون السابق[1] - على ما يدخل فى سلطات المحكمة لمواجهة هذا النزاع وإنما ترك الأمر للقواعد العامة.

---

(١) كانت المادة ٤٥ من قانون حماية حق المؤلف تنص على أن للمحكمة المختصة أن تأمر بإتلاف نسخ أو صور المصنف الذى نشر بوجه غير مشروع والمواد التى استعملت فى نشره، بشرط ألا تكون صالحة لعمل آخر. كما لها أن تأمر بتغيير معالم النسخ والصور والمواد أو جعلها غير صالحة للعمل، وذلك كله على نفقة الطرف المسئول. وقد أستثنى القانون من هذا الإتلاف بعض الحالات واكتفى فى شأنها بتعويض المعتدى على حقه. (م ٤٥، ٤٦).

كما أن القانون السابق قد جعل دين التعويض فى هذه الحالات من الديون الممتازة، وهذا الإمتياز مقرر على المبالغ الناتجة من صافى ثمن بيع الأشياء وعلى النقود والمبالغ المحجوز عليها. وجعل مرتبة هذا الإمتياز بعض المصروفات القضائية والمصروفات التى تنفق لحفظ وصيانة هذه الأشياء.

وطبقاً للقواعد العامة تملك المحكمة سلطات واسعة في تقرير ما نراه مناسباًللمحافظة على حقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة لحق المؤلف، فلها أن تقوم بكل ما كان مقرراً في القانون السابق وأكثر منه بدون نص خاص. كما لها أن تكتفي بتعويض المعتدى على حقه طبقاً للقواعد العامة. وهذا التعويض قد يكون عينياً وقد يكون نقدياً.

- ويجوز لطرفي النزاع الإتفاق على التحكيم. وفي هذه الحالة تسرى أحكام قانون التحكيم في المواد المدنية والتجارية الصادر بالقانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ما لم يتفقا على غير ذلك. (م ١٨٢).

الفرع الثاني: الجزاء الجنائي

إلى جانب الإجراءات التحفظية السابقة وكذلك الجزاءات المدنية قرر المشرع جعل الاعتداء على حق المؤلف أو على أى حق من الحقوق المجاورة لحق المؤلف جريمة جنائية. وقد حدد المشرع الأفعال المعاقب عليها والعقوبة المستوجبة في هذه الحالات في المادة ١٨١ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية.

فنصت المادة ١٨١ على أنه «مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد في قانون آخر، يعاقب بالحبس مدة لا تقل عن شهر وبغرامة لاتقل عن خمسة آلاف جنيه ولاتجاوز عشرة آلاف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين، كل من ارتكب أحد الأفعال الآتية:

أولاً : بيع أو تأجير مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي محمي طبقاً لأحكام هذا القانون، أو طرحه للتداول بأية صورة من الصور بدون إذن كتابي مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور.

ثانياً : تقليد مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو بيعه أو عرضه للبيع أو للتداول أو للإيجار مع العلم بتقليده.

ثالثا : التقليد في الداخل لمصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي منشور في الخارج أو بيعه أو عرضه للبيع أو التداول أو للإيجار أو تصديره إلى الخارج مع العلم بتقليده.

رابعا : نشر مصنف أو تسجيل صوتي أو برنامج إذاعي أو أداء محمي طبقاً لأحكام هذا القانون عبر أجهزة الحاسب الآلي أو شبكات المعلومات أو شبكات الاتصالات أو غيرها من الوسائل بدون إذن كتابي مسبق من المؤلف أو صاحب الحق المجاور.

خامسا : التصنيع أو التجميع أو الاستيراد بغرض البيع أو التأجير لأى جهاز

أو وسيلة أو أداة مصممة أو معدة للتحايل على حماية تقنية يستخدمها المؤلف او صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره.

سادساً: الإزالة أو التعطيل أو التعييب بسوء نية لأية حمايةتقنية يستخدمها المؤلف أو صاحب الحق المجاور كالتشفير أو غيره.

سابعاً: الاعتداء على أى حق أدبى أو مالى من حقوق المؤلف أو من الحقوق المجاورة المنصوص عليها فى هذا القانون.

وتتعدد العقوبة بتعدد المصنفات أو التسجيلات الصوتية أو البرامج الإذاعية أو الأداءات محل الجريمة.

وقد شدد المشرع العقوبة فى حالة العود فنصت المادة ١٨١ فى فقرتها الثالثة على أنه «وفى حالة العود تكون العقوبة الحبس مدة لا تقل عن ثلاثة أشهر والغرامة التى لاتقل عن عشرة آلاف جنيه ولاتجاوز خمسين ألف جنيه».

كما أن المشرع نص على عدة عقوبات تبعية منها الوجوبى ومنها الجوازى. فجعل مصادرة النسخ محل الجريمة أو المتحصلة منها وكذلك المعدات والأدوات المستخدمة في إرتكابها عقوبة تبعية وجوبية فنصت المادة ٤/١٨١ على أنه «وفى جميع الأحوال تقضى المحكمة بمصادرة النسخ محل الجريمة أو المتحصلة منها وكذلك المعدات والأدوات المستخدمة فى ارتكابها».

ولكن جعل المشرع الحكم بغلق المنشأة في بعض الأحوال جوازياً وفى أحوال أخرى وجوبياً فنصت المادة ٥/١٨١ على أنه «ويجوز للمحكمة عند الحكم بالإدانة أن تقضى بغلق المنشأة التى استغلها المحكوم عليه فى ارتكاب الجريمة مدة لاتزيد على ستة أشهر، ويكون الغلق وجوبياً فى حالة العود فى الجرائم المنصوص عليها فى البندين «ثانياً وثالثاً» من هذه المادة».

وأوجب المشرع على المحكمة نشر ملخص الحكم بالإدانة فى جريدة يومية أو أكثر على نفقة المحكوم عليه. (م ٦/١٨١).

ملحق: الالتزام بالإيداع وجزاء تخلفه:

أوجب القانون على ناشرى وطابعى ومنتجى المصنفات والتسجيلات الصوتية والأداءات المسجلة والبرامج الإذاعية بالتضامن فيما بينهم إيداع نسخة أو أكثر بما لا يجاوز عشرة. (م ١٨٤).

ويصدر الوزير المختص قرار بتحديد عدد النسخ أو نظائرها البديلة مراعياً طبيعة كل مصنف، وكذلك الجهة التى يتم فيها الإيداع. (م ١٨٤).

ولا يترتب على عدم الإيداع المساس بحقوق المؤلف أو الحقوق المجاورة

لحق المؤلف المنصوص عليها فى قانون حماية حقوق الملكية الفكرية. (م ١٨٤).

وقد أعفى القانون من الإيداع المصنفات المنشورة فى الصحف والمجلات والدوريات إلا إذا نشر المصنف منفرداً.

وقرر القانون جزاء جنائياً على مخالفة هذا الالتزام حيث نصت المادة ٣/١٨٤ على أنه «يعاقب الناشر والطابع والمنتج عند مخالفة أحكام الفقرة الأولى من هذه المادة بغرامة لاتقل عن ألف جنيه ولاتجاوز ثلاثة آلاف جنيه عن كل مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج إذاعى وذلك دون الإخلال بالالتزام بالإيداع».

- إنشاء سجل لقيد التصرفات بالوزارة المختصة وجزاء تخلف القيد في السجل:

نصت المادة ١٨٥ على أن «تنشئ الوزارة المختصة سجلاً لقيد التصرفات الواردة علي المصنفات والأداءات والتسجيلات الصوتية والبرامج الإذاعية الخاضعة لأحكام هذا القانون، وتحدد اللائحة التنفيذية نظام القيد فى هذا السجل مقابل رسم بما لايجاوز ألف جنيه للقيد الواحد».

« ولا يكون التصرف نافذاً فى حق الغير إلا بعد تمام القيد».

وأجازت المادة ١٨٦ لأى شخص الحصول من الوزارة المختصة على شهادة بهذا الإيداع مقابل رسم تحدده اللائحة التنفيذية بما لا يجاوز ألف جنيه عن كل شهادة.

- التزام المحال التي تعمل في هذا المجال بالحصول علي ترخيص وامساك دفاتر منتظمة:

ألقى المشرع التزاماً على جميع المحال التى تطرح للتداول بالبيع أو بالإيجار أو بالإعارة أو بالترخيص بالاستخدام مصنفات أو أداءات مسجلة أو تسجيلات صوتية أو برامج إذاعية بالحصول على ترخيص بذلك من الوزير المختص مقابل رسم تحدده اللائحة التنفيذية بما لايجاوز ألف جنيه، وإمساك دفاتر منتظمة تثبت فيها بيانات كل مصنف أو تسجيل صوتى أو برنامج إذاعى وسنة تداوله.

ونص القانون على جزاء جنائى على مخالفة هذه الأحكام يتمثل فى غرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرة آلاف جنيه.

وشدد العقوبة فى حالة العود لتكون الغرامة التى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه. (م ١٨٧).

الباب الثاني

أركان الحق

سبق أن عرفنا الحق بأنه استئثار يقره القانون لشخص يكون له بمقتضاه التسلط علي شئ معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر. وعلي ذلك نجد أن أركان الحق تتمثل في صاحب الحق وهو الذي يستأثر بمزايا الحق، ومحل الحق وهو ما يرد عليه الاستئثار. والكلام عن اركان الحق أو عناصره يقتضي أن نتكلم عن أشخاص الحق ثم عن موضوع الحق أو محله.

الفصل الأول

أشخاص الحق



الشخص الطبيعي والشخص المعنوي:

إن الحق لا يمكن تصوره إلا منسوباً إلى شخص من الأشخاص كما أن الواجب الذى يقابل الحق لابد وأن يقع هو الآخر على عاتق شخص من الأشخاص. فالحق يفترض إذن وجود الأشخاص من ناحيته الإيجابية والسلبية.

وللشخص معنى اصطلاحى فى نطاق القانون. إذ يقصد به من يتمتع بالشخصية القانونية، أى من يكون صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات. والشخصية القانونية لا تثبت فى الأصل إلا للإنسان وهو ما يطلق عليه الشخص الطبيعى. ومع ذلك فقد تثبت هذه الشخصية لمجموعات من الأشخاص أو الأموال مثل الشركات والجمعيات والمؤسسات، وهو ما يطلق عليها الأشخاص الاعتبارية، حيث إن القانون قدر أن لهذه التجمعات قيمة اجتماعية واقتصادية يلزم معها الاعتراف لها بالصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات.

وعلى ذلك يجب أن ندرس كل من الشخص الطبيعى والشخص الاعتبارى وذلك باعتبارهما أصحاب الحقوق فى المجتمع.

المبحث الأول
الشخص الطبيعي

ثبوت الشخصية للإنسان:

تعترف القوانين الحديثة، على عكس الحال بالنسبة للقوانين القديمة لكل إنسان بالشخصية القانونية، بصرف النظر عن مدى ما يتمتع به من حقوق وما يتحمل به من واجبات. ولدراسة الشخص الطبيعى ينبغى علينا أن نتعرف على مدة الشخصية من حيث بدايتها ونهايتها ثم نعرض لمميزات أو سمات الشخصية من حالة واسم وموطن وفى النهاية نعرض لنطاق الشخصية ومباشرتها من حيث الذمة المالية والأهلية.

المطلب الأول
مدة الشخصية

الأصل أن تبدأ الشخصية بالولادة وتنقضى بالوفاة، وفيما بينهما يبقى لهذه الشخصية القدرة على اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات. ومع ذلك فإن هذا الأصل غير مطلق إذ ثمة اعتبارات تحتم الخروج علها، إما ببدء الشخصية قبل الولادة وإما بإنهائها دون تيقن من الموت الحقيقى ولهذا سنعرض على التعاقب لبداية الشخصية ونهايتها.

أولاً: بداية الشخصية:

الأصل أن تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً (م ٢٩/١ مدنى مصرى) ومع ذلك فحقوق الحمل المستكن يعينها القانون (م ٢٩/٢)، وعلى ذلك نجد أن القانون يقرر الأصل وما يرد عليه من استثناء.

١- شخصية شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً:

تبدأ شخصية الإنسان فى الأصل بتمام ولادته حياً، أى يشترط لبدء الشخصية تمام الولادة من ناحية، مع تحقق حياته عند الولادة من ناحية ثانية[١].

الشرط الأول: تمام الولادة: ويقصد بذلك خروج المولود كله وانفصاله عن أمه انفصالاً تاماً. وهذا هو مذهب الأئمة الثلاثة مالك والشافعى وأحمد بن حنبل

---

(١) انظر فى القانون الفرنسى

P.h: Malinvaud, op. cit., no 80, p. 81.

وهو أيضاً ما قرره قانون المواريث والوصية عندنا وأكده القانون المدنى بنصه على أن «تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته حياً» (م ٢٩ مدنى).

الشرط الثاني: تحقق الحياة عند تمام الولادة: فلا يكفى تمام انفصاله عن أمه وخروجه خروجاً كاملاً حتى تثبت له الشخصية وإنما يلزم تحقق حياته فعلاً عند تمام الانفصال، حتى ولو مات عقب ذلك مباشرة، على ذلك فإن العبرة فى ابتداء الشخصية تكون بتوافر الحياة فى المولود لحظة واحدة هى لحظة تمام الانفصال دون توقف على استمرار الحياة بعد هذه اللحظة. ويتم التثبت من حياة المولود فى هذه اللحظة من الأعراض الظاهرة لثبوت الحياة اليقينية وتحققها كالبكاء والصراخ والشهيق. فإن لم تتوافر شئ من ذلك كان للقاضى الاستهداء برأى أهل الخبرة. وتثبت واقعة الميلاد بالقيد فى السجلات الرسمية المعدة لذلك.

٢- مركز الحمل أو الجنين:

اذا كان الأصل هو ابتداء شخصية الإنسان بولادته حياً على النحو السالف بيانه، إلا أن القانون خرج على هذا الأصل واعترف للحمل أو الجنين قبل ولاديته ببعض الحقوق(١).

فيثبت له فضلاً عن النسب الحق فى الإرث(٢) وفى الوصية(٣) والحق فى الإفادة من الاشتراط لمصلحته(٤). وبذلك تكون للحمل قبل ولادته شخصية خروجاً على الأصل، ولكنها شخصية لاتعطيه إلا أهلية وجوب ناقصة أو محدودة، وذلك لاقتصار صلاحيته أصلاً على اكتساب ما ينفعه نفعاً محضاً من حقوق وتشمل كذلك ما قد يتفرع من التزامات نتيجة ثبوت هذه الحقوق له، كتلك الناشئة عن إدارة أمواله أو بسببها.

غير أن هذه الشخصية غير باتة، لتوقف استقرارها على ولادته حياً، بحيث إذا ولد حياً اعتبر شخصاً وصاحباً لهذه الحقوق منذ ثبوتها له وقت الحمل، فاذا

---

(١) انظر فى القانون الفرنسى:

- R. Théry, La condition juridique de l'embryon et du fœtus; D. 1982, chr. 231; D. Vigneau, l'enfant à naître, Th. Toulouse 1988; G. Memeteau, La situation juridique d'enfant conçu. Rev. trim. dr. civ. 1990, 611.

(٢) م ٢، ٤٢ من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣.

(٣) م ٣٥ من قانون الوصية رقم ٧١ لسنة ١٩٤٦.

(٤) م ١٥٦ مدنى.

ولد ميتاً فكأنه لم يكن ولم تتقرر له حقوق قط فيرد الموقوف له من الإرث والوصية إلى أصله من التركة ويقسم بين ورثة المورث الأصلى ويرد كذلك الشئ الموهوب إلى الواهب(١).

ثانيا: نهاية الشخصية:

تنتهى الشخصية القانونية بالموت. غير أن ثمة أحوالاً قد يحيط الشك فيها وجود الإنسان بحيث لا تعلم حياته من مماته كما هو الشأن فى المفقود. فى هذه الحالة إذا غلب احتمال موته على احتمال حياته جاز رغم تخلف اليقين والدليل على الموت الحقيقى الحكم باعتباره ميتاً وإنهاء شخصيته بالتالى. وهذا ما يسمي بالموت الحكمي أو التقديرى ، ولهذا ينبغى أن ندرس نهاية الشخصية بالموت الحقيقى ونهايتها بالموت الحكمى فى حالة المفقود.

١- نهاية الشخصية بالموت الحقيقي:

تبدأ شخصية الإنسان بتمام ولادته طوال حياته ولاتنتهى إلا بموته وتثبت واقعة الموت، كواقعة الميلاد، بالقيد فى السجلات الرسمية المعدة لذلك.

لكن ما مصير تركته بعد وفاته، فهل تبقى على ذمته إلى أن يتم تصفية ديون المتوفى أما أنها تنتقل إلى الورثة بديون المورث؟

وقد اختلف الفقه حول هذه المسألة. كصدى لاختلاف فقهاء الشريعة الإسلامية .فذهب رأى إلى أنه إذا كان الأصل أن شخصية الإنسان تنتهى بالوفاة إلا أنها يمكن أن تمتد امتداداً اعتبارياً على سبيل الاستثناء، إلى أن يتم تصفية ديون الميت، وبذلك تبقى أمواله على حكم ملكه، وبعد أن يتم تنفيذ الوصايا وتصفية الديون يؤول ما بقى من أموالها إلى الورثة كل بحسب نصيبه الشرعى(٢).

---

(١) حيث يرى الفقه الغالب أن الوصى الذى يعين من قبل المحكمة للحمل المستكن يمكن أن يقبل الهبة المقررة للحمل لأنها تدخل في الحقوق

العامة للحق، فقرة ٤٨ ص ٤٢، ٤٤؛ إسماعيل غانم، محاضرات فى النظرية العامة للحق، ط ٢، ١٩٥٩، ص ١٧٣، ١٧٤؛ حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٦٤، ص ٥٠٦. بينما يذهب بعض الفقهاء إلى عدم جواز ذلك لأن ثبوت الحقوق للحمل المستكن يتم على سبيل الاستثناء فيجب عدم التوسع فيه والاقتصار على ما ورد نص بشأنه انظر توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٣٦١، ص ٦٠١، والمراجع المشار إليها في هامش ١ ص ٦٠٢.

(٢) هذا هو رأى الحنفية، وقد أخذ به بعض الفقهاء. انظر : سليمان مرقس، نظرية الحق. ط٤، فقرة ٢١٧ ص ٣٧٨.

والرأى الراجح يذهب إلى أنه لا حاجة إلى هذا الافتراض غير المقبول لمخالفته لطبائع الأشياء والقانون. حيث أن القانون ينص صراحة على أن شخصية الإنسان تنتهى بموته(١)، وعلى أنه «يستحق الإرث بموت المورث»(٢). وبناء عليه فإنه بانتهاء الشخصية تؤول تركة المتوفى إلى ورثته محملة بديون المورث كل بقدر نصيبه فى التركة إذ لاتركة إلا بعد سداد الديون. فيجب أن نفهم هذه القاعدة على أنه لاملكية خالصة للوارث إلا بعد سداد الديون(٣).

٢- نهاية الشخصية بالموت الحكمي (حالة المفقود):

(أ) تعريف المفقود: هو الشخص الذى غاب عن موطنه أو محل إقامته وانقطعت أخباره بحيث لاتعرف حياته من مماته. وفى هذه الحالة يبيح القانون اعتباره ميتاً متى توافرت شروط معينة، وتنقضى شخصيته تبعاً لذلك. وعلى ذلك فإن المفقود يختلف عن الغائب، فالغائب هو الشخص الذى يغيب عن موطنه أو محل إقامته ولكن حياته تكون معلومة، وقد يكون محل إقامته بالخارج معروفاً. وقد لا يكون ذلك، ولذلك لا أثر لغيابه على شخصيته القانونية، كل ما فى الأمر قد يترتب على غيابه استحالة مباشرة مصالحة فتقيم له المحكمة وكيلاً عنه يتولى مباشرة هذه المصالح أثناء غيابه.

(ب) حالات اعتبار الشخص مفقوداً وأثر الحكم باعتباره كذلك: قد نصت المادة ٢٢ مدنى على أن «تسرى فى شأن المفقود والغائب الأحكام المقررة فى قوانين خاصة، فإن لم توجد فأحكام الشريعة الإسلامية».

وقد صدر المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٢ لسنة ١٩٥٨ ليتضمن أحكام الفقد وينظم مركز المفقود. وهذا القانون مستمد من الفقه الإسلامى وبصفة خاصة المذهب الحنبلى.

وقد نصت المادة ٢١ من هذا القانون على أن «يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع سنين من تاريخ فقده. وأما فى جميع الأحوال

---

(١) مادة ١/٢٩ مدنى.

(٢) المادة الأولى من قانون المواريث رقم ٧٧ لسنة ١٩٤٣.

(٣) وهذا هو رأى جمهور الشافعية والحنابلة، وقد أخذ به غالبية فقهاء القانون، انظر: شفيق شحاته، المرجع السابق، فقرة ٥٢، محمد على عرفه، المرجع السابق، فقرة ٣٩١؛ سمايل غانم، المرجع السابق، ص ١٥٧؛ حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٦٥، ص ٥١٠٠، ٥١١؛ توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٣٦٢، ص ٦٠٥.

الأخرى، فيفوض أمر المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى وذلك كله بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً».

وقد عدل هذا النص بالنسبة للمفقود فى ظروف يغلب عليها الهلاك بالقانون رقم ٣٣ لسنة ١٩٩٢[١]. فتنص المادة الأولى منه على أن يستبدل نص المادتين ٢١، ٢٢ من المرسوم بقانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية النصان الآتيان:

مادة ٢١ – يحكم بموت المفقود الذى يغلب عليه الهلاك بعد أربع من تاريخ فقده. ويعتبر المفقود ميتاً بعد مضى سنة واحدة من تاريخ فقده، فى حالة ما إذا ثبت أنه كان على ظهر سفينة غرقت، أو كان فى طائرة سقطت، أو كان من أفراد القوات المسلحة وفقد أثناء العمليات الحربية».

ويصدر رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال بعد التحرى واستظهار القرائن التى يغلب عليها الهلاك، قرار بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً فى حكم الفقرة السابقة، ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود».

«وفى الأحوال الأخرى يفوض تحديد المدة التى يحكم بموت المفقود بعدها إلى القاضى على ألا تقل عن أربع سنوات، وذلك بعد التحرى عنه بجميع الطرق الممكنة الموصلة إلى معرفة إن كان المفقود حياً أو ميتاً».

مادة ٢٢ – عند الحكم بموت المفقود أو نشر قرار رئيس مجلس الوزراء أو قرار وزير الدفاع باعتبار ميتاً على الوجه المبين فى المادة السابقة تعتد الزوجة عدة الوفاة وتقسم تركته بين ورثته الموجودين وقت صدور الحكم أو نشر القرار فى الجريدة الرسمية . كما تترتب كافة الآثار الأخرى».

المادة الثانية: تسرى أحكام هذا القانون على من سبق فقده فى أى من الحالات الواردة فى الفقرة الثانية من المادة ٢١ ومضى على فقده سنة على الأقل من تاريخ العمل بهذا القانون».

---

(١) هذا القانون قد صدر بعد كارثة غرق السفينة سالم اكسبريس. انظر الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر (ب) فى ١٩٩٢/٦/١.

يعمل به من تاريخ نشره (١) صدر فى أول يونيه ١٩٩٢ .

يتضح مما سبق أن القانون يميز فى هذا الصدد بين ثلاث حالاتك

أولا: حالة المفقود الذى يغلب عليه الهلاك، كما إذا فقد فى زلزال أو فيضان. وفى هذه الحالة يحكم بموت المفقود بعد أربع سنين من تاريخ فقده .

ثانيا: حالة ما اذا فقد الشخص على أثر غرق سفينة أو سقوط طائرة، أو أثناء العمليات الحربية إذا كان من أفراد القوات المسلحة . فى هذه الحالة يعد المفقود ميتاً بحكم القانون بعد مضى سنة واحدة من تاريخ فقده .

ولكن يلزم للقطع فى أمر الفقد أن يصدر قرار من رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال، بعد التحرى والتثبت واستظهار القرائن التى يغلب معها الهلاك، بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً فى هذه الحالة . هذا القرار يقوم مقام حكم القاضى بموت المفقود.

ثالثا: حالة المفقود فى غير الظروف السابقة: كما إذا سافر للسياحة أو لطلب العلم ثم انقطعت أخباره ولم تعرف حياته من مماته . فى هذه الحالة حيث لا يغلب عليه الهلاك يفوض أمر المدة التى يحكم بموته بعدها إلى القاضى وبديهى أنه لا ينبغى أن تقل هذه المدة عن أربع سنوات . وفى جميع الحالات لا يجوز الحكم بوفاة المفقود إلا بعد أن يتحرى القاضى عنه بجميع الطرق الممكنة حتى يعرف ما إذا كان حياً أو ميتاً.

- أثر الحكم باعتبار المفقود ميتاً:

ويترتب على الحكم باعتبار المفقود ميتاً، (أو نشر القرار من رئيس مجلس الوزراء أو من وزير الدفاع بحسب الأحوال)، أن توزع تركته على من كان موجوداً من ورثته وقت الحكم أو نشر القرار، وتعتد زوجته عدة الوفاة بعد صدور الحكم أو نشر القرار، وإن من مات من ورثته قبل تاريخ صدور الحكم أو نشر القرار لايرث عنه . نخلص من ذلك أن الأصل أن حكم القاضى أو القرار باعتبار المفقود ميتاً حكم منشئ لهذا الموت الاعتبارى وليس كاشفاً له(٢) .

---

(١) الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرر ب فى ١٩٩٢/٦/١ .

(٢) بالرغم من أن صياغة نص المادة ٢١ بعد تعديلها توحى أن قرار رئيس مجلس الوزراء أو وزير الدفاع يعد كاشفاً لا منشئاً حيث أنها تنص على أنه «.... يعتبر ميتاً بعد مضى سنة واحدة من تاريخ فقده ....»، ثم تؤكد ذلك الفقرة الثانية بنصها على أن «يصدر رئيس الوزراء أو وزير الدفاع بحسب الأحوال ....، قرار بأسماء المفقودين الذين اعتبروا أمواتاً ....، ويقوم هذا القرار مقام الحكم بموت المفقود».

وقد كان مقتضى هذا الأصل أنه إذا آل إلى المفقود ميراث أو وصية قبل الحكم باعتباره ميتاً أن يدخل هذا النصيب تركته، ويوزع على ورثته الموجودين وقت هذا الحكم، إلا أن المشرع المصرى خرج على الأصل وقرر رد هذا النصيب إلى من يستحقه من ورثة المورث أو الموصي الموجودين وقت موت هذا المورث أو الموصى ليوزع فيما بينهم. وهذا يعنى أن المشرع عامل المفقود فى هذه الحالة كما لو كان ميتاً من تاريخ الفقد، لا من تاريخ الحكم ويبرر هذا الخروج عن الأصل أن حياة المفقود طوال فترة الفقد ليست إلا مجرد حياة احتمالية لا تكفى لتوريثه أو استحقاقه وصية من غيره، حيث إن الشرط لاستحقاق الإرث والوصية هو تحقق حياة الوارث أو الموصى له وقت موت المورث أو الموصى.

(جـ) ظهور حياة المفقود:

سبق أن رأينا أن الحكم بموت المفقود هو حكم اعتبارى لا حقيقى. على ذلك، فإنه ينبغى أن يسقط هذا الحكم هو وآثاره إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته ولكن كل ذلك مشروط بعدم الإضرار بحقوق الغير. ونتتبع ذلك بالنسبة لزوجته وبالنسبة لأمواله.

- فبالنسبة لزوجته، الأصل أنه إذا عاد المفقود أو ظهرت حياته، فتعود زوجته إليه وتعتبر الرابطة الزوجية مستمرة كأن لم تنحل بمقتضى الحكم السابق باعتباره ميتاً. ولكن قد تكون زوجته تزوجت من غيره بعد هذا الحكم، ففى هذه الحالة إذا لم يدخل بها الزوج الثانى فإنها تكون للزوج الأول، أما إذا دخل بها وكان حسن النية بأن لا يعلم بحياة المفقود، وقد وقع زواجه صحيحاً بعد انقضاء عدة الوفاة فإنها تكون للزوج الثانى، وإذا تخلف أحد هذين الشرطين بأن كان الزوج الثانى سئ النية أو أنه كان حسن النية لكن لم تكن عدة الوفاة قد احترمت كانت الزوجة للزوج الأول.

- أما بالنسبة للأموال، فإذا عاد المفقود أو ظهرت حياته، فالأصل أن له استرداد أمواله التى وزعت على ورثته واسترداد النصيب الذى كان مستحقاً له من إرث أو وصية والذى ارتد بعد الحكم باعتباره ميتاً إلى ورثة المورث أو الموصى، لكن خروجاً على هذا الأصل قرر المشرع أن المفقود بعد ظهوره حياً يسترد ما بقى من هذه الأموال فى أيدى ورثته أو فى أيدى ورثة المورث أو الموصى. ولا يستطيع أن يطالب بما استهلك من هذه الأموال فى الفترة السابقة على ظهوره. وهذا الحكم مقرر رعاية لحق الورثة ولحق الغير، وتبريره أن

الورثة إنما ملكوا أموال المفقود وإذا قاموا بالتصرف فيها بمقتضى سند شرعي وهو الحكم أو القرار الصادر باعتبار المفقود ميتاً، فلا ضمان عليهم ولا على من انصرفوا إليه بالتالي.

المطلب الثاني

مميزات أو سمات الشخصية

تتمتع شخصية الإنسان بسمات وعلامات معينة تميزه عن غيره سواء في داخل الدولة الواحدة أو في خارجها. ومن أهم هذه السمات أو المميزات حالة الشخص أي التي تحدد مركزه الأساسي بالنسبة إلى الدولة والأسرة وأحياناً إلى الدين، والاسم وهو وسيلة التعرف عليه، والموطن وهو التحديد القانوني للمكان الذي يقيم فيه الشخص ونتعرف على كل من هذه السمات بالتفصيل على النحو التالي:

أولا: الحالة:

ويقصد بالحالة مجموع الصفات التي يتصف بها الشخص فتحدد مركزه القانوني وتؤثر فيما يكون له من حقوق وما عليه من واجبات. وعلى ذلك فإن كل إنسان يتصف بصفة معينة تحدد انتمائه إلى دولة معينة وهذه هي الحالة السياسية أي الجنسية كما أن الإنسان ينتمي داخل الدولة إلى أسرة أو عائلة معينة، هذه هي الحالة العائلية، وفي بعض الأحيان يرتب القانون آثار معينة على انتماء الشخص إلى دين أو عقيدة معينة. وهذه هي الحالة الدينية.

١- الحالة السياسية:

وتتحدد الحالة السياسية للشخص بتحديد جنسيته أي انتمائه إلى دولة معينة، وللحالة السياسية أهمية كبرى من حيث تحديد حقوق الشخص وواجباته ونشاطه القانوني ولذلك فهناك تفرقة بين الوطنيين والأجانب في كل الدول من حيث نطاق ما يتمتع به كل من الوطنيين والأجانب من حقوق وواجبات.

ويحدد القانون في كل دولة الشروط الواجب توافرها لكي تثبت جنسيتها للأفراد الذين ينتمون إليها. والجنسية قد تثبت للشخص على أساس النسب، فيأخذ الوالد جنسية أبيه أو جنسية أمه وهذا ما يسمى بحق الدم وقد تثبت على أساس الميلاد على أرض الإقليم فيعتبر المولود في بلد تابعاً لجنسية هذا البلد،

وهذا ما يسمى بحق الإقليم. والقانون المصرى يأخذ بثبوت الجنسية على أساس حق الدم كأصل عام، وهناك حالات خاصة يأخذ فيها المشرع بحق الإقليم. وفى بعض الدول قد تكتسب الجنسية بطريق الزواج فتأخذ الزوجة جنسية زوجها أو يأخذ الزوج جنسية زوجته. وقد تكون الجنسية مكتسبة أى طارئة وهى التى يكتسبها الشخص فى تاريخ لاحق على ميلاده وذلك طبقاً للشروط التى يضعها قانون الدولة، وهذا هو ما يسمى بالتجنس.

٢- الحالة العائلية:

ويقصد بالحالة العائلية مركز الشخص فى أسرة معينة باعتباره عضواً فيها تربطه بباقى أعضائها رابطة وثيقة من قرابة النسب ووحدة الأصل، وقد تربطه بأعضاء أسرة أخرى كذلك رابطة من قرابة المصاهره[١].

(أ) **قرابة النسب:** ويقصد بها الصلة القائمة بين الأشخاص بناء على دم وأصل مشترك. وقرابة النسب قد تكون قرابة مباشرة أو قرابة حواش. والقرابة المباشرة وهى التى تقوم على تسلسل عمودى بين من تجمعهم وحدة الدم، أى هى الصلة بين الأصول والفروع كقرابة الشخص لأبيه ولجده وإن علا، وكذلك قرابته لأمه وأبى أمه. الأصل هو من نزل أو انحدر منه الفرع كالآب والأم بالنسبة للأبن أو البنت والفرع هو من انحدر من الأصل كالابن والبنت

---

(١) وحالة الشخص العائلية لايمكن تغييرها بمحض إرادته. ومن أهم المشاكل التى طرحت فى هذا الصدد «تغيير الجنس»، أى تحويل الرجل إلى امرأة أو المرأة إلى رجل. وقد عرض الأمر بالفعل على القضاء الفرنسى وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم جواز ذلك إذا كانت حالة الشخص الجديدة لا تنشأ عن عناصر موجودة من قبل إجراء العملية الجراحية، أى يكون التغيير لمجرد التغير، وإذا كان التدخل الجراحي لم تحتمه ضرورة علاجية.

- Civ. ler, 16 déc. 1975, J.C.P. 76. II. 18503, obs. J. Penneau; D. 1976, 397, ler esp et note. R. Lindon; 30 nov. 1983, D. 1984, 165, note B. Edelman, J.C.P. 84, II. 20222, esp. concl. av. gén. et obs. Penneau; 31 mars 1987 D. 1987, 445, note P. Jourdain, J.C.P. 88, II, 21000 obs. E. Agostini; 7 juin 1988, D. 1988, IR. 177; civ., ler, 21 mai 1990 (4 arrêts) J.C.P. 90, II, 21588 rapport Massip et concel. Mme Flipo.
- M. Gobert, le transsexualisme, fin ou commencement? J.C.P. 88, I. 3361. D. Thouvennin, De la qualification de l'acte thérapéuthique à son contrôle, D. 1991, chr. 221.

بالنسبة للأب أو الأم. وقرابة الحواشي فهي الصلة التى تقوم بين من يجمعهم أصل مشترك دون تسلسل عمودى بينهم أى دون أن يكون أحدهم فرعاً للآخر، كقرابة الأخ لأخيه، إذ لا ينحدر أحدهما من الآخر ولكن يجمعهما أصل مشترك وهو الأب وبالمثل القرابة بين الشخص وعمه أو عمته أو أبناء عمه أو عمته، أو بين الشخص وخاله أو خالته، أو أبناء أخواله وخالاته، فإنه وإن كان هناك أصل مشترك يجمعهم، إلا أن ليس أحدهم فرعاً أو أصلاً للآخر.

وقد بين القانون كيفية احتساب درجات القرابة وذلك لما له من أهمية فى بعض الأحوال في تعيين الحقوق، فبالنسبة للقرابة المباشرة يعتبر كل فرع درجة عند الصعود للأصل بخروج هذا الأصل. على ذلك يعتبر الأبن فى الدرجة الأولى من القرابة بالنسبة لأبيه أو لأمه، لأن الابن فرع وهذه درجة والأب أو الأم أصل فلا يحسب درجة، وكذلك ابن الابن يعتبر فى الدرجة الثانية من القرابة لجده (أو جدته) إذ يحسب ابن الابن والابن درجة باعتبارهما فرعين فتلك درجتين، ولا يحسب الجد (أو الجدة) باعتباره أصلاً. أما بالنسبة لقرابة الحواشي فإن الدرجات تعد صعوداً من الفرع للأصل المشترك ثم نزولاً منه إلى الفرع الآخر. وكل فرع فيما عدا الأصل المشترك يعتبر درجة، على ذلك يعتبر الأخ في الدرجة الثانية لأخيه (أو لأخته) إذ هو درجة باعتباره فرعاً، والأب لايحسب درجة لأنه الأصل المشترك بين الأخوين، والأخ الآخر (أو الأخت) يحسب درجة لأنه فرع، وكذلك يعتبر ابن العم قريباً من الدرجة الرابعة، لأنه هو فرع فيحسب درجة ثم أبوه فرع كذلك فيحسب درجة هو الآخر ثم نصعد إلى الجد فلا يحسب درجة لأنه الأصل المشترك بين أبناء العم ثم ننزل إلى العم... فنحسبه درجة لأنه فرع، ثم ابنه فيحسب درجة لأنه فرع، وبذلك يكون هناك أربع درجات.

(ب) قرابة المصاهرة: وهى القرابة التى تنشأ بالزواج بين كل من الزوجين وأسرة الزوج الآخر ويقضى القانون بأن «أقارب أحد الزوجين يعتبرون فى نفس القرابة والدرجة بالنسبة إلى الزوج الآخر» وعلى ذلك فإن أب الزوج يعتبر قريباً بالمصاهرة من الدرجة الأولى للزوجة. لأنه قريب بالنسب لابنه (زوجها) من الدرجة الأولى. وشقيق الزوجة قريب الزوج من الدرجة الثانية لأن شقيق الزوجة قريب لها قرابة نسب من الدرجة الثانية وهكذا.

ويلاحظ أن قرابة المصاهرة لا تقوم إلا بين الزوج نفسه وعائلة الزوج الآخر فلا تقوم بين أفراد عائلة الزوج وأفراد عائلة الزوج الآخر. وعلى ذلك فأخو الزوج لا تربطه أية قرابة بأخي الزوجة، وأم الزوجة لا تربطها قرابة ما بأبي الزوج.

آثار القرابة:

تترتب على القرابة آثار قانونية متعددة تتحدد بحسب القرابة ودرجتها. وتبدو أهمية القرابة، وخاصة قرابة النسب، في تحديد حقوق الشخص والتزاماته العائلية بحسب مركزه في الأسرة قبل باقي أعضائها، وعلى ذلك فإنه يتولد عن القرابة حقوق للآباء على الأبناء وحقوق للأبناء على الآباء وكذلك يترتب على الزواج حقوق للزوج على زوجته وحقوق للزوجة على زوجها كما يترتب على القرابة حقوق مالية مختلفة كالنفقات والتوارث بين الأقارب وقد تعتبر القرابة مانعاً من موانع الزواج، إذ يحرم على الشخص الزواج من أقاربه إلى درجات معينة.

وللقرابة كذلك آثارها في تحديد ما يثبت للشخص من حقوق كما تؤثر في نشاطه القانوني فمن ذلك مثلاً ما تقضي به المادة ٢٢٢ مدني بأنه لا يجوز الحكم بالتعويض عن الضرر الأدبي الذي يصيب شخصاً من تألمه على موت شخص آخر عزيز لديه نتيجة خطأ المسؤول إلا إذا كان من يطالب بالتعويض عن الألم زوجاً أو قريباً من الدرجة الثانية للميت، فهذا النص لا يجعل لغير هؤلاء الأقارب حقاً في التعويض في هذه الحالة. كما أن القانون يجعل القاضي غير صالح لنظر الدعوى ويمنعه من الفصل فيها إذا ربطته بأحد الخصوم قرابة إلى الدرجة الرابعة، وكذلك يجيز رد الخبير إذا كان قريباً أو صهراً إلى الدرجة الرابعة لأحد الخصوم.

وعلى ذلك فإن شخصية الإنسان، أي مدى صلاحيته لاكتساب الحقوق وتحمل الواجبات تتأثر بالمركز الذي يحتله في العائلة.

٢- الحالة الدينية:

الأصل أنه لا تأثير للحالة الدينية على صلاحية الشخص في اكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات. وهذا الأصل أو المبدأ يطبق تطبيقاً مطلقاً في الدول العلمانية أي الدول التي تأخذ بمبدأ الفصل بين الدين والدولة.

وفي مصر أيضا يؤخذ بمبدأ المساواة بين الأفراد في الحقوق والواجبات بصرف النظر عن حالتهم الدينية. وهذا هو ما تقرره بصراحة المادة ٤٠ من

دستور ١٩٧١ التى تنص على المساواة بين المصريين في التمتع بالحقوق والواجبات العامة لا تمييز بينهم بسبب الجنس أو الأصل أو اللغة أو الدين أو العقيدة. غير أن ترك حكم الأحوال الشخصية للمصريين للقواعد المأخوذة من دياناتهم أدى إلى ظهور بعض الفروق فى حالات استثنائية، بين حقوق الأفراد المنتمين إلى ديانات مختلفة.

وعلى ذلك فإنه فى نطاق الأحوال الشخصية يجوز للمسلم أن يتزوج بأكثر من واحدة. وله أيضاً أن يطلق زوجته وهذه الأمور تحكمها الشريعة الإسلامية، بينما الشريعة المسيحية لا تحيز ذلك للمسيحى. وأيضاً ينص قانون المواريث المأخوذ من الشريعة الإسلامية أنه لا توارث بين المسلم وغير المسلم وأن غير المسلمين يتوارث بعضهم من بعض.

وفيما عدا هذه الحالات الاستثنائية التى تطبق فيها الشرائع الدينية فالأصل أن الجميع لدى القانون سواء، وأنهم متساوون فى الحقوق والواجبات العامة كما أكده نص الدستور السابق الإشارة إليه.

ثانيا: الاسم (Le nom):

من أهم سمات الشخصية ومميزاتها هو التسمي باسم معين وذلك ليميزه عن غيره من الناس ولذلك يجب أن نعرض لتعريفه وأهميته ثم لطبيعته القانونية وأخيراً وسائل حمايته.

١ - تعريفه وأهميته:

أوجب القانون أن يكون لكل شخص اسم ولقب وإن لقب الشخص يلحق أولاده، بينما لقب الزوج لا يلحق بالزوجة، خلافاً لما هو متبع فى البلاد الغربية حيث أن الزوجة عندنا تحتفظ بلقبها.

وعلى ذلك فإنه يلزم إلى جانب اسم الشخص نفسه أن يوجد له لقب وهو اسم الأسرة، وذلك حتى لا يقع اللبس بين الأشخاص، إذ أن الأسم وحده لا يكفى للتمييز بينهم. والشائع عندنا هو استعمال الاسم الشخصى مضافاً إليه اسم الأب والجد. ومع ذلك فإن بعض الأشخاص يستعمل اللقب إلى جانب الاسم الشخصى، ولهذا فإن القانون المدنى قد نص على أن كيفية اكتساب الألقاب وتغييرها ينظمها تشريع خاص (م٢٩). ولكن هذا التشريع لم يصدر حتى الآن.

ولكن قد يوجد إلى جانب اسم الشخص المسجل فى مصلحة الأحوال المدنية اسم شهرة أو اسم مستعار. واسم الشهرة (Surnom) هو ما يخلعه الجمهور من اسم

على الشخص بحيث يستوعب كامل نشاطه ويعرف به، والاسم المستعار (Pseudonyme) هو ما يختاره الشخص لنفسه ليتميز به في مجال معين من مجالات نشاطه كالنشاط الأدبي أو الفني، ولا شك أن حرية الشخص في اختيار اسم مستعار له تتقيد بما فيه حماية الغير ومنع الغش.

أما ما يسمى بالاسم التجاري (Nom commercial)[1] فإنه لا يعتبر سمة أو علامة مميزة للحالة أو للشخصية وإنما يطلق هذا الاسم لتمييز النشاط التجاري للشخص بحيث يعتبر من عناصر ومقومات المحل التجاري فتثبت له - كالمحل التجاري - صفة مالية وهذا ما يميزه عن الاسم المدني الذي يعتبر لصيقاً بالشخصية ولذلك يعتبر الاسم التجاري حق مالي، ولهذا يصح التصرف فيه والتنازل عنه إلى الغير كما يصح أن يكتسب بالتقادم. كل ذلك خلافاً للاسم المدني.

٢- الطبيعة القانونية للاسم:

الاسم باعتباره من مميزات الشخصية فإن ينطوي على واجب وحق في ذات الوقت، فإذا كان من الواجب أن يتسمى الشخص باسم معين حتى يتميز بذلك عن غيره من الأفراد، فإن للشخص حقاً على اسمه ينبغي احترامه، فهو حق من حقوق الشخصية.

فالاسم واجب يقرره القانون، وذلك لتمييزه الأشخاص وحرصاً على استقرار المعاملات في المجتمع. ولهذا فإنه لا يترك للأفراد الحرية في تغيير أسمائهم وتصحيحها حسب إرادتهم وإنما رسم لذلك نظاماً ينبغي اتباعه حتى يمكن حصول هذا التغيير، وحتى يضمن بذلك جدية الأمر.

والاسم يعتبر إلى جانب ذلك حق للشخص، وهو ليس حقاً مالياً وإنما هو حقاً من الحقوق اللصيقة بالشخصية، ويترتب على ذلك أنه لا يمكن التصرف فيه أو التنازل عنه كما أنه لا يرد عليه التقادم المكسب أو المسقط كما أنه لا يمكن أن يفقد بعدم الاستعمال.

---

(١) انظر:

- X. Desyeux, Le nom-commercial, De quelques problèmes juridiques; Gaz. Pal. 1979; 2 doct. 614. Cl. Colombet, le nom et les propriétés incorporelles, D. 1989, chr. 31.

٢- حماية الحق في الاسم:

والحماية التى يضفيها القانون على الاسم تأخذ صورتين: **الأول:** تخول صاحب الاسم رد الاعتداء، ولو لم يصيبه ضرر من جراء هذا الاعتداء، **والثانية:** تخول صاحب الاسم حق الحصول على التعويض إذا وقع له ضرر محدد من جراء المنازعة أو الاعتداء والانتحال. وعلى ذلك تنص المادة ٥١ مدنى على أن «لكل من نازعه الغير فى استعمال إسمه بلا مبرر ومن إنتحل الغير إسمه دون حق، أن يطلب وقف هذا الاعتداء مع التعويض عما يكون قد لحقه من ضرر». ولا تقتصر الحماية القانونية على الاسم الحقيقى بل تمتد إلى اسم الشهرة أو الاسم المستعار.

كما أن الاسم التجارى يتمتع هو الآخر بحماية القانون، إذ أن من حق صاحبه دفع كل اعتداء عليه والمطالبة بالتعويض عن الأضرار التى تصيبه من جراء الاعتداء.

ثالثاً: الموطن (Le domicile):

ومن السمات الهامة للشخصية القانونية الموطن، حيث إنه يتيح العثور على مقر الشخص ومكانه. ولذلك يجب أن نتعرف على أهميته وتعريفه ثم نعرض لأنواعه.

١- اهمية الموطن:

فالموطن وثيق الصلة بالشخصية، إذ يمكن من العثور على مقر الشخص، وتحديد مكانه القانونى بالنسبة لمن يريد التعامل معه. وأهمية الموطن بالنسبة للشخص تتجلى فى أن الأوراق القضائية تعلن إلى الشخص فى موطنه، والدعاوى الشخصية يكون النظر فيها من اختصاص المحكمة الواقع فى دائرتها موطن المدعى عليه، وشهر الإفلاس يكون من اختصاص المحكمة الكائن بدائراتها موطن المدين التاجر، والوفاء بالالتزامات التى ليس محلها شيئاً معيناً بالذات يكون فى المكان الذى يوجد فيه موطن المدين وغير ذلك من أمور يتطلب فيها القانون تحديد موطن للشخص.

٢- تعريفه (الاعتداد بالتصوير الواقعي) [(١)]:

وقد تبنى المشرع المصرى الاتجاه الواقعي في تعريف الموطن وقد نصت

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٨٣ ص ٤٠ ومابعدها؛ توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٣٨١، ص ٦٣٣.

المادة ٤٠/١ مدنى على أن «الموطن هو المكان الذى يقيم فيه الشخص عادة» ومن هذا التعريف يبين أن للموطن عنصرين:

الأول: الإقامة الفعلية، أى أن الأمر يتعلق بإقامة حقيقية فى مكان معين وليس مجرد افتراض. فالإقامة عنصر أساسى فى تحديد الموطن. والقاعدة فى هذا الشأن أن المكان لا يعتبر موطناً للشخص، مهما تركزت فيه مصالحه إلا إذا كان مقيماً فيه

الثاني: الاستقرار أو التعود على الإقامة، ولهذا فإنه يجب أن تكون الإامة مستقرة أو معتادة، وهذا لا يعنى اتصال الإقامة دون انقطاع، وإنما يقصد به استقرارها على وجه يتحقق معه شرط الاعتياد ولو تخللتها فترات غيبة متقاربة أو متباعدة. والعبرة فى تحديد ذلك بالشواهد والدلائل على أن الإقامة تتسم بصفة الاستقرار والاعتياد ولنية الشخص فى الاستقرار فى المكان أو عدم الاستقرار أثر هام. وذلك لأن قصد الشخص فى الاستقرار فى المكان من عدمه يرتد، فى الغالب من الأحيان، إلى الإقامة نفسها ويؤدى إلى أن يسبغ عليها مظاهر الثبات والاستقرار، أو مظاهر التوقيت. ولكن النية هنا ليست بالأمر القاطع الحاسم، ويجب أن نعول أساساً على المظهر المادى للإقامة بما تتسم به من مظاهر خارجية ملموسة. وقاضى الموضوع هو الذى يقدر بحسب ظروف كل حالة، ما إذا كانت الإقامة تتسم بالاستقرار من عدمه وهو فى هذا التقدير لا يخضع لرقابة محكمة النقض، لأنه يدخل فى نطاق الوقائع.

وعنصر الاستقرار فى المكان حتى يعتد به كمواطن يبين الفرق بين لموطن ومحل الوجود أو محل السكن résidence[1]، ومثال ذلك أن يذهب شخص إلى المصيف لمدة معينة، فإن مكان هذا المصيف لا يعتبر موطناً له مادامت ظروف الحال تنم عن إقامته فيه بغرض الاصطياف، فتبعد عنه لذلك لائل الاستقرار.

ويترتب علي ذلك التصوير الواقعي للموطن النتائج الآتية:

أولا: إمكان وجود شخص بلا موطن، ويحدث ذلك عندما تنتفى الإقامة

---

١) انظر فى ذلك:

- A. Martin - Serf. Du Domicile à la résidence, rev. trim. dr. civ. 1978, p. 535.

المستقرة فى مكان معين. ومثال ذلك الأشخاص الذين لاموطن لهم كالبدو والرحل، الذين لايقر لهم على الأرض قرار.

ثانياً: إمكان تعدد الموطن، فإنه لايوجد ثمة ما يمنع من أن يكون للشخص الواحد أكثر من موطن وذلك يكون إذا تعددت الأمكنة التى تحقق بشأنها إقامة مستقرة من جانب الشخص، ومثال ذلك أن يتعود شخص الإقامة بعض العام فى الريف وبعضه الآخر فى المدينة أو يكون الشخص متزوج بأكثر من واحدة إحداهما تقيم فى القاهرة مثلاً والثانية تقيم فى الإسكندرية.

ثالثاً: إمكان تغيير الموطن من مكان إلى مكان، وذلك بمجرد تغيير الإقامة فإذا استقر المقام بشخص فى بلد ، كان هذا موطنه، فإذا تركه، مزمعاً الإقامة فى بلد آخر انقطع موطنه فى البلد الأول وثبت فى البلد الثانى بمجرد توافر الإقامة المستقرة فيه.

٢- أنواع الموطن:

وينقسم الموطن أساساً إلى نوعين: موطن عام، وموطن خاص.

أولاً: الموطن العام: المـو المـواطن

هو المكان الذى يعتد به قانوناً بالنسبة إلى كل شؤون الشخص ونشاطه بوجه عام. وهذا الموطن هو الذى يتحدد بالإقامة المعتادة على النحو السابق بيانه. والأصل أن يتحدد بإرادة الشخص ولذلك يسمى بالموطن الإرادى أو الاختيارى. ولكن هذا لا يكون إلا بالنسبة لكاملى الأهلية، وهم البالغون سن الرشد دون أن يحجر عليهم لجنون أو عتة أو غفلة أو سفة ودون أن يفقدوا أو يغيبوا فيعين لهم وكيل يتولى عنهم أمورهم. وعلى ذلك فإنه فى الحالة التى لا يكون فيها الشخص غير كامل الأهلية فإن القانون هو الذى يحدد موطن الشخص ولذلك يسمى بالموطن القانونى أو الإلزامى.

(١) المواطن الاختيارى هو المكان الذى يقوم فيه الشخص إقامة مستقرة، ويعتبر انه موجود فيه دائما ولو تغيب عنه بصفة مؤقتة وهذا هو الموطن السابق التعرض له، وهو قاصر على الأشخاص القادرين على القيام بتصرفاتهم القانونية بأنفسهم.

(٢) **الموطن الإلزامي أو القانوني:** وهو الموطن الذى يتدخل القانون لتحديده بالنسبة لبعض الأشخاص ودون إختيار من جانبهم للمكان المعتبر موطناً لهم. ويكون

الموطن للأشخاص الذين لايتمكنون من مباشرة شئونهم وتصرفاتهم القانونية بأنفسهم.

وقد نصت المادة ١/٤٢ مدنى على أن «موطن القاصر والمحجور عليه والمفقود والغائب هو موطن من ينوب عن هؤلاء قانوناً» وعلى ذلك فإن الموطن الإلزامى لأشخاص الذى حددهم القانون ليس هو مكان الإقامة المعتادة لهم وإنما هو موطن حكمى وذلك بأن جعل موطنهم موطن من ينوب عنهم قانوناً بصرف النظر عما اذا كانوا يقيمون معه أو لا يقيمون معه.

ويظل الموطن الإلزامى قائماً طالما بقى السبب الذى استلزم إتخاذه أى طالما ظل الشخص قاصراً أو محجوراً عليه أو غائباً. فاذا زال السبب، فإنه يرجع إلى الأصل العام، وهو تحديد الموطن على أساس الإقامة الفعلية.

ثانياً: الموطن الخاص: هو الموطن الذى يعتد به بالنسبة لبعض الأعمال أو أوجه النشاط المحددة دون غيرها وهو ثلاثة أنواع:

(١) **موطن الأعمال أو موطن التجارة أو الحرفة** وقد نصت المادة ٤١ مدنى على أنه «يعتبر المكان الذى يباشر فيه الشخص تجارة أو حرفة موطناً بالنسبة إلى إدارة الأعمال المتعلقة بهذه التجارة أو الحرفة».

وعلى ذلك إذا اتخذ شخص تجارة أو صناعة أو حرفة فى مكان معلوم كان له إلى جانب موطنه العام الذى يتحدد بالمكان الذى يقيم فيه على وجه الاستقرار، موطن خاص فى مكان تجارته أو صناعته أو حرفته. ولا يعتد بهذا الموطن الخاص إلا بالنسبة لشؤون التجارة أو الصناعة أو الحرفة، أما بالنسبة إلى شؤون الشخص الأخرى، فيعتد بموطنه العام الذى يتحدد بمكان إقامته المعتادة.

ونفهم من ذلك أن المرظف أو الطالب أو العامل فى المصنع لايكون لأى منهم موطن أعمال بالنسبة إلى الشؤون الخاصة بعمله، لأنه لايمكن اعتبار عمل أى منهم حرفة أو تجارة أو صناعة، ولذلك اذا أريد مقاضاة أحدهم ، حتى بالنسبة إلى شؤون عمله، وجب الاعتداد بموطنه العام الذى يتحدد بمكان إقامته إذا كان كاملاً الأهلية، أو بالمكان الذى حدده القانون بالنسبة للأشخاص الأخرى. أما المحامى أو الطبيب أو المهندس ومن فى حكمهم فيعتبروا أصحاب مهنة أو حرفة، ويكون لهم موطن خاص بشؤون مهنتهم.

(٢) الموطن المختار: الأصل أن القانون هو الذى يحدد لكل شخص موطنه وهو يتخذ أساساً لهذا التحديد الإقامة المستقرة الثابتة على نحو ما بينا، إلا أنه يجوز للشخص أن يختار بنفسه لنفسه موطناً خاصاً، بالنسب إلى عمل قانونى معين، وهذا هو الموطن المختار.

وقد نص القانون المدنى فى المادة ٤٣ على أنه «يجوز اتخاذ موطن مختار لتنفيذ عمل قانونى معين، ولايجوز إثبات وجود الموطن المختار إلا بالكتابة».

«والموطن المختار لتنفيذ عمل قانونى يكون هو الموطن بالنسبة إلى ما يتعلق بهذا العمل، بما فى ذلك إجراءات التنفيذ الجبرى إلا إذا اشترط صراحة قصر هذا الموطن على أعمال دون أخرى».

وتحديد الموطن المختار يرجع إلى محض إرادة صاحبه ودون توقف على رضاء يصدر من شخص آخر، ولكن يجب إثباته بالكتابة فى جميع الأحوال. كما أن القاعدة فى هذا الشأن أن الشخص لا يلزم بأن يتخذ له موطناً مختاراً بصدد عمل قانونى معين وإنما تترك له الحرية فى ذلك. إلا أنه فى بعض الأحوال يلزم القانون الشخص بأن يتخذ له موطناً مختاراً فى مكان معلوم ومثال ذلك ما جاءت به المادة ٣٠ من قانون الشهر العقارى من وجوب تعيين الدائن المرتهن ومن فى حكمه من الدائنين أصحاب الحقوق العينية التبعية التى يتم شهرها بطريق القيد محلاً مختاراً له فى دائرة المحكمة الواقع فى اختصاصها العقار محل حقه. وكذلك ما تقضى به المادة ٢/٧٤ من قانون المرافعات من أن «على الخصم الذى لايكون له وكيل بالبلد الذى به مقر المحكمة أن يتخذ له موطناً فيه».

(٣) موطن ناقص الأهلية بالنسبة لما يعتبر أهلاً لمباشرته من تصرفات:

تنص المادة ٢/٤٢ مدنى على أن «يكون القاصر الذى بلغ ١٨ سنة ومن فى حكمه موطن خاص، بالنسبة إلى الأعمال والتصرفات التى يعتبره القانون أهلاً لمباشرتها».

ويتحدد الموطن فى هذه الحالة بخصوص هذه التصرفات بمكان الإقامة المعتادة للقاصر ومن فى حكمه. وفيما عدا ذلك يكون موطنه العام هو موطن وليه أو وصيه أو النائب القانونى.

المطلب الثالث

نطاق الشخصية ومباشرتها

تمهيد وتقسيم:

إذا كانت الشخصية تتعلق بمبدأ الصلاحية لاكتساب الحق أو التحمل بالإلتزام بصفة عامة دون تحديد أو تعديد فإن أهلية الوجوب تتعلق بمدى هذه الصلاحية من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والإلتزامات، كما أن الذمة المالية تعبر عن مجموع ما للشخص وما عليه من حقوق والتزامات مالية. أما أهلية الأداء فهى قدرة الشخص على التعبير بنفسه عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية فى حقه وذمته.

ولنر كل ذلك بشئ من التفصيل فى الفقرات التالية:

أولاً: نطاق الشخصية:

وندرس هنا مدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات وهذه هى أهلية الوجوب، ثم ندرس بعد ذلك الوعاء الذى تتجمع فيه الحقوق والإلتزامات المالية للشخص والتى تشكل الأساس لقدرته الائتمانية.

١- أهلية الوجوب:

إذا كانت الشخصية تعبر عن مبدأ الصلاحية لاكتساب الحق والتحمل بالإلتزام دون تحديد أو تعديد. ولذلك فإنه يكفى لتوافرها وجود الصلاحية أصلاً ولو كانت متعلقة ببعض الحقوق والإلتزامات دون بعض. على العكس من ذلك فإن الشخصية تتراوح بين الوجود وعدم الوجود لكنها لا توجد ناقصة.

وعلى ذلك فإذا ما وجدت الشخصية، بوجود الصلاحية لاكتساب الحق والتحمل بالإلتزام فإن الذى يحدد نطاق هذه الشخصية من حيث مدى ما تتمتع به من حق وما تتحمل به من التزام هى أهلية الوجوب.

لذلك فإن أهلية الوجوب تتعلق بمدى صلاحية الشخص لاكتساب الحقوق والتحمل بالإلتزامات من حيث قصورها أو شمولها لكل الحقوق والإلتزامات أياً ما كان نوعها أى سواء أكانت مالية أو غير مالية.

٢- الذمة المالية:

وتعتبر الذمة المالية من المميزات الأساسية للشخصية. وهى تعبر عن مجموع ما يكون للشخص من حقوق وما يتحمل به من التزامات مالية. فهى الوعاء الذى تتجمع فيه الحقوق والإلتزامات المالية للشخص لتمثل ضمانة العام، فندرس خصائص الذمة ثم عناصرها والأهمية المترتبة على فكرة الذمة المالية.

(أ) **خصائص الذمة المالية:** يتضح من التعريف السابق للذمة المالية أنها تتميز بالخصائص الآتية:

أولا: لا يدخل فى نطاقها إلا الحقوق والإلتزامات المالية، أى التى يمكن تقويمها بالنقود، ويستوى فى ذلك الحقوق العينية والشخصية أو الذهنية وأياً كان محل هذه الإلتزامات، مبلغ من النقود أو عمل أو امتناع عن عمل.

ثانيا: وأهم ما تتميز به الذمة المالية هو أن ينظر إليها كمجموعة قانونية متجردة ومتميزة عن العناصر التى تدخل فى نطاقها. فعناصر الذمة، وهى الحقوق والإلتزامات المالية تفنى فيها وتفقد ذاتيتها وتسمو هى فوق تلك العناصر، بحيث يكون لها كيان وذاتية مستقلة عنها.

والذمة المالية لا يتأثر وجودها بدخول الحقوق والإلتزامات فيها أو خروجها منها، ولكن الذى يتأثر هو مضمونها ومحتوياتها، من حيث اليسار أو الافتقار. فالذمة المالية مجرد فكرة قانونية، افترضتها الصياغة القانونية لتحقيق أهداف قانونية معينة. ومثل الذمة فى كل ذلك مثل الشخص المعنوى الذى يقوم على اجتماع عدد من الناس كالدولة وكالجمعية، فالدولة، مثلاً تقوم على وجود عدد من الناس مع عناصر أخرى، ولكنها تتجرد بعد قيامها عنهم، فلاى يتأثر كيانها بموت بعضهم أو بدخول رعايا جدد تحت لوائها، وإن أمكن أن يتأثر وزنها العددى نقصاناً أو زيادة وبالمثل أيضاً الجمعية.

ثالثا: وتتميز الذمة المالية أيضاً بأنها مجموعة تضم بين رحابها الحقوق والإلتزامات المالية التى تكون للشخص فى الحال وفى الاستقبال فهى لا تشمل الحقوق والإلتزامات الحاضرة فحسب، بل المستقبلة كذلك.

ويترتب على النظر إلى الذمة المالية، باعتبارها تضم الحقوق والإلتزامات المالية الحاضر والمستقبلة: (١) إن كل شخص تكون له بالضرورة ذمة مالية حتى ولو كان فى وقت معين مجرداً عن الحقوق والإلتزامات المالية، فالوليد فى لحظة خروجه حياً من بطن أمه تثبت له ذمة مالية . (٢) وإن لكل شخص ذمة واحدة. (٣) كما أن الذمة لا تثبت إلا للأشخاص وحدهم لأنهم هم الذين يتمتعون بالحقوق ويتحملون بالإلتزامات. (٤) كما أن الذمة المالية لا يمكن التنازل عنها وإن كان من الجائز التصرف فى عنصارها فقط.

وعلى ذلك تبدو الصلة وثيقة بين الشخصية والذمة. ولذلك قد أطلق على هذا التصوير للذمة اسم «نظرية الشخصية»(١) لكن فريقاً من الفقهاء حاول الفصل بين الذمة وبين الشخصية واعتبر أن الذمة مجموعة من الحقوق والإلتزامات تخصص لغرض معين، بصرف النظر عن وجود شخص تستند إليه، فكلما وجدت مثل هذه المجموعة كانت هناك ذمة مالية، وهذه النظرية تسمى «بنظرية التخصيص»، ولا نجد هنا مجالا لتفصيل الخلاف حول هذا الموضوع(٢)، ونكتفى بالإشارة إلى أن الاتجاه عندنا يناصر نظرية الشخصية لأن هذه النظرية تتسق أكثر مع الأسس التى يقوم عليها قانوننا المصرى.

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك:

- H. Gazin, Essai critique sur la nOtion de patrimoine dans la doctrine classique, th. Dijon 1910.
- P. Catala, la trasformation du patrimoine dans le droit civil moderne, Rev. trim. dr. civ. 1966, 185; Ismail Ghanem, Essai critique sur la nOtion de patrimoine en Droit français et en Droit égyptien, th. Paris, 1951.

وانظر فى عرض ذلك فى الفقه المصرى، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٢٥١، ٤٨٠ ومابعدها. توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٤٢٦، ص ٧٣١.

(٢) وفكرة وحدة الذمة قد انتقدت بشدة من جانب أنصار نظرية التخصيص.

P. Raynaud, La nature juridique de la dot, Essai de contribution à la théorie générale du patrimoine, th. Toulouse, 1934.

«قد لاحظ هؤلاء الفقهاء أن هناك تطبيقات فى القانون لهذه الفكرة، وبصفة خاصة نظام الأموال المشتركة، وفى قانون الميراث، وفى القانون التجارى، والمحل التجارى، وقد تساءل هؤلاء الفقهاء عن إمكانية تعميم ذلك، مع الأخذ فى الاعتبار حماية الدائنين من الحيل التدليسية التى =

(ب) عناصر الذمة المالية: رأينا أنه يقصد بالذمة المالية مجموع الحقوق

يمكن أن يؤدى إليها فصل ذمة مدينهم. في الحياة العملية هذا الفصل تحقق غالباً عن طريق إنشاء شركة ذات مسئولية محدودة أو حتى عن طريق إنشاء شركة مساهمة تستخدم كواجهة لتغطية النشاط التجاري لشخص معين. المشرع الفرنسي قد استجاب لهذه الاعتبارات، ولكنه قد تبنى طريقاً مختلفاً. فبدلاً من إقرار إمكانية إنشاء ذمة بالتخصيص كما اقترحها الفقه (انظر:
Cl. Champaud, l'entreprise personnelle à responsabilité limitée, Rev. trim. dr. com. 1979. 579; G. Daublon, Entreprise et patrimoine d'affectation, Rép. Defrénois, 1984, I, 3 art. 33182).
قد سمح قانون ١١ يوليو ١٩٨٥ لشخص معين بأن ينشئ شركة ذات شخص وحيد وذات مسئولية محدودة من أجل نشاطه الحرفي أو التجاري أو الزراعي ... إلخ ومنح لها الشخصية المعنوية (انظر:

P. Serlosten, l'entreprise à responsabilité limitée, D. 1985, chr. 187, A. Sayag, De nouvelles structure pour l'entreprise, la loi no 85 - 697 du 11 juill. 1985, J.C.P. 85, I. 3217; J. J. Daigre, Défense de l'entreprise unipersonneile à responabilité limitée. J.C.P. 86, I. 3225; M. Th. Calais-Auloy, Appréciation critique de la loi du 11 juill. 1985 institutant L'EURL, D. 1986. chr. 249. C. Ducouloux-Favard, Société d'un seul, Entreprise unipersonnelle, Gaz. Pal. 1990, Doctr. 577).
وقد أثيرت فكرة الذمة بالتخصيص بمناسبة مشروع القانون بإدخال التصرف الائتماني La fiducie في القانون الفرنسي. فقد عرف الـ fiducie بأنها عقد ينتقل بمقتضاه مجموعة من الأموال un masse de biens من ذمة المتصرف الائتماني constituant إلى ذمة شخص آخر هو المتصرف إليه الائتماني fiduciaire. والعقد يحدد السلطات المقررة للمتصرف إليه الائتماني على هذه الأموال. لكن بدلاً من أن يدمج هذه الأموال في ذمة المتصرف إليه الائتماني، احتفظ بها كمجموع مستقل، بعيداً عن أيدي دائنيه الشخصيين، وبذلك يكون أنشأ ذمة بالتخصيص. انظر في ذلك:

Ch. Larroumet, La fiducie inspiré du trust, D. 1990. chr. 119, ch. Pisant, la fiducie; Rep. Not. 1990. I. 535 art 34772, M. Grimaldi, La fiducie, réflexions sur l'institution et sur l'avant-projet de loi qui la consacre, Rep. Not. 1991, I, 897, art 35085 et 1991. I. 961 aty. 35094; M. Cantin-Cumyn, L'avant-projet de loi relatif à la fiducie, un point de vue civiliste d'outre-atlantique, D. 1992, chr. 117.
وانظر نبيل سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، ١٩٩١، ص ٢٩٥ ومابعدها.

والإلتزامات المالية التى تثبت للشخص فى الحاضر وفى المستقبل ومن هذا يبين أن الذمة المالية تتكون من عنصرين أساسيين:

١ - الحقوق المالية أو الأموال، وهذا هو العنصر الإيجابى للذمة.

٢ - الالتزامات المالية أو الديون، وهذا هو العنصر السلبى للذمة.

والعلاقة بين هذين العنصرين جد وطيدة، فالعنصر الأول، أى الأموال يضمن الوفاء بالعنصر الثانى أى الديون، وهكذا نجد أن أموال الشخص ضامنة للوفاء بديونه (مادة ١/٢٣٤ مدنى مصرى).

وقد يزيد، فى وقت معلوم، أحد عنصرى الذمة على الآخر، بل قد يوجد أحدهما دون الآخر، دون أن يؤثر كل ذلك على ذات وجودها أو كيانها، كل ما فى الأمر أن درجة يسار الذمة أو افتقارها تقاس بالرصيد الصافى من الأموال والديون فإن زادت، فى وقت معلوم، أموال الشخص على ديونه، كان موسراً مقتدراً، وإن زادت ديونه على أمواله، كان فى حالة إعسار أو إفلاس.

(ج) الأهمية العملية لفكرة الذمة المالية: رأينا أن الذمة المالية من خلق الصياغة القانونية وذلك لتحقيق أغراض قانونية معينة، وتتركز هذه الأغراض فى توفير الضمان للدائنين فى استيفاء حقوقهم من مدينيهم، وهذه الفكرة تحقق التوفيق بين المصالح المتعارضة للدائنين فيما بينهم من ناحية وفيما بينهم وبين مدينيهم من ناحية أخرى.

وهذا التطور فى الصياغة القانونية قد مر بفترات ومراحل زمنية طويلة. ففى المجتمعات البدائية، كان ضمان الدين ينصب على ذات شخص المدين. بمعنى أنه إذا لم يف الشخص بدين عليه، كان لدائنه أن يسترقه، وكان له فى بعض التشريعات القديمة، كالقانون الرومانى فى أقدم عصوره، أن يقتله وأن يتقاسم أشلاءه مع غيره من الدائنين.

ومن الطبيعى أن مثل هذا الوضع المشين لايمكن أن يستمر لأنه لايستقيم مع تقدم البشرية. فلجأ الفكر القانونى إلى الخلاص منه بالتدريج بقدر القسط الذى وصل إليه من التهذيب والنضوج، وذلك عن طريق التخفيف من حدته أولاً، ثم إلغائه كلية بعد ذلك. وقد تمخض التطور عن أن المدين يبقى ملتزماً فى ذات شخصه بالوفاء بديونه، وإن اقتصر أثر ذلك على وضعه فى السجن

عند مماطلته، حتى يفى بما عليه وهذا هو نظام الإكراه البدنى، وقد ظل معمولاً به فى فرنسا إلى أن ألغى فيها بالنسبة للمسائل المدنية فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر، ولم يعد جائزاً فيها إلا فى المسائل الجنائية. والقانون المصرى، شأنه فى ذلك شأن غيره من القوانين العصرية لايجيز الإكراه البدنى فى المسائل المدنية إلا فى حالات استثنائية.

وهكذا بفضل تطور الصياغة القانونية قد تحرر شخص الإنسان من عبء ضمان ديونه وقد استطاع الفكر القانونى أن يستعيض عن شخص الإنسان بفكرة الذمة المالية لتكون ضمانه العام لدائنيه.

وعلى ذلك فإن أموال المدين جميعاً ضامنه للوفاء بديونه وأن جميع الدائنين متساوون فى هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون. ومعنى ذلك أن مسئولية المدين عن الوفاء بالتزاماته مسؤولية شخصية غير محددة بمال معين بالذات، وإنما تنصب على كافة الأموال التى يمتلكها المدين وقت التنفيذ. فحق الدائن يرد على الضمان العام، على مجموع أموال المدين الحاضر منها والمستقبل، المنقول منها والعقار، ولا يقتصر هذا الضمان على الأموال الموجودة وقت نشوء الالتزام ولكن يشمل أيضاً الأموال التى تدخل فى ذمة المدين بعد ذلك وإلى حين التنفيذ.

ومن ناحية أخرى فإن الدائنين العاديين لمدين واحد، لهم حقوق متساوية على جميع الأموال الموجودة فى ذمة مدينهم أياً كان تاريخ نشوء حقهم وأياً كان تاريخ اكتساب هذه الأموال. ويترتب على هذه المساواة أنه إذا كان ثمن بيع أموال المدين غير كاف للوفاء بجميع ديون الدائنين كاملة، فإن هذا الثمن ينبغى أن يقسم بينهم قسمة غرماء، أى يستوفون ديونهم من جميع أموال مدينهم بنسبة قدر دين كل واحد منهم[1].

---

(١) فكرة الضمان العام لم يعد لها هذا المفهوم التقليدى بصفة خاصة بعد ما صدر قانون ٣١ ديسمبر ١٩٨٩ الخاص بالوقاية ومعالجة الصعوبات الناشئة عن الإسراف فى الاستدانة من جانب الأفراد والأسر فى فرنسا. حيث أن تطبيق هذا القانون سيؤدى إلى اتباع الإجراءات الجماعية الخاصة بالتوفيق والتقويم القضائى وبالتالى سيحد من حقوق الدائنين. انظر:

P. L. Chatain, la loi du 31 déc. 1989... Act. lég. Dalloz. 1990, 43. J. L. Valens, La loi du 31 déc. 1989... Ibid., 1990, 87.

وانظر أيضاً بحثنا «نحو قانون للإفلاس المدنى»، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩١.

حق الضمان العام، بما يقرره للدائن من حماية، لايرفع مع ذلك يد المدين عن التصرف فى أمواله أو الزيادة فى التزاماته، ويترتب على ذلك أن تكون للمدين حرية التصرف فى أمواله، فما يخرج من هذه الأحوال سواء بطريق العوض أو بطريق التبرع لا يعد داخلاً فى نطاق الذمة المالية وبالتالى فى نطاق الضمان العام وما يكتسبه المدين من أموال يدخل فى ذمته المالية وبالتالى فى ضمانه العام ويضمن الوفاء بديونه ولو كان ذلك كله بعد نشوء حق الدائن، ولكن كل ذلك مشروط بعدم الإضرار بالدائنين. وذلك عن طريق التصرفات الصورية أو اللجوء إلى الغش والتواطؤ. ففى مثل هذه الأحورال أعطى المشرع الدائنين وسائل قانونية معينة لحماية ضمانهم العام.

ثانياً : النشاط الإرادي للشخصية - أهلية الأداء:

سبق أن رأينا أن الشخصية تثبت لكل إنسان، وأن يكون له بمقتضى الشخصية حد أدنى من أهلية الوجوب، فلا يتصور إنسان دون أهلية وجوب ولو قاصرة أو محدودة، إلا أن ثبوت الشخصية وأهلية الوجوب للإنسان أياً كان مداها، لا يحتم الاعتراف له بأهلية أداء، لأن مناطها التمييز وقد يكون منعدماً عنده. وعلى ذلك يجب أن نعرض لتعريف أهلية الأداء ونطاقها، ثم لأحكامها وفى النهاية نتعرف بنوع من التفصيل على أحكام الولاية على المالية.

١ - تعريف أهلية الأداء ونطاقها:

فأهلية الأداء هى قدرة الشخص على التعبير بنفسه ولحسابه عن إرادته تعبيراً منتجاً لآثاره القانونية. فمقتضى ذلك وجوب توافر إرادة واعية بصيرة بما تتجه إلى أحداثه من أثر قانونى، وهو ما يتطلب كمال الإدراك والتمييز عند الشخص، ولذلك يكون مناط أهلية الأداء هو كمال التمييز والإرادة.

وما دامت أهلية الأداء هى صلاحية أو قدرة إرادية على إنتاج آثار قانونية فلابد أن يتحدد نطاقها إذن بالأعمال الإرادية، لا بأعمال مادية أى التصرفات وحدها دون الوقائع القانونية. فالتصرفات القانونية هى اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانونى معين بحيث يترتب هذا الأثر ويتحدد بالإرادة مباشرة، أما الوقائع القانونية، فليست إلا أعمالاً مادية يرتب القانون وحده عليها - حتى ولو كانت اختيارية - أثراً قانونياً معيناً.

وأهلية الأداء تخول للشخص أن يجرى بنفسه ولحسابه التصرفات القانونية كلها وبأنواعها المختلفة. وأنواع التصرفات القانونية ثلاث:

- تصرفات نافعة نفعاً محضاً. وهي تلك التي تسبب اغتناء من يباشرها دون مقابل يعطيه للطرف الآخر كقبول الهبة.

- تصرفات ضارة ضرراً محضاً وهي تلك التي تسبب إفتقار من يباشرها دون مقابل يأخذه كالإيصاء والإيهاب.

- تصرفات دائرة بين النفع والضرر فهي تلك التي لا ترتب لمن يباشرها اغتناء محضاً ولا افتقاراً محضاً لأنها قائمة على تقابل بين أخذ وعطاء فتحتمل بطبيعتها الكسب كما تحتمل الخسارة. ويدخل تحت هذا النوع من التصرفات مايسمي بأعمال التصرف التي ترمي إلى التصرف في الشئ كالبيع، وما يسمى بأعمال الإدارة، وهى التي ترمى في الأصل إلى مجرد استغلال الشئ كالإيجار والتصرف فى غلته أو ريعه.

وإذا كان الشخص كامل أهليه الأداء، ثبتت له قدرة مباشرة هذه التصرفات بأنواعها الثلاثة، وإذا كان عديم الأهلية، امتنع عليه مطلقاً مباشرة أى نوع منها، وإذا كان ناقص الأهلية، جاز له مباشرة النافع منها نفعاً محضاً، وامتنع عليه مطلقاً مباشرة الضار ضرراً محضاً، وتوقفت مباشرته للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر وصحتها على إذن أو إجازة من له الولاية عليه أو المحكمة على حسب الأحوال. وأحكام الأهلية متعلقة بالنظام العام حيث أن ،ليس لأحد النزول عن أهليته ولا التعديل فى أحكامها، (م ٤٨ مدنى).

٢ - أحكام أهلية الأداء:

يمر الشخص بمراحل مختلفة فى حياته إذ يبدأ صغيراً غير مميز، ثم بعد ذلك، فى مرحلة معينة من حياته يبدأ تمييزه، ولكن لا تتوافر له كل أسباب التمييز والإدراك إلى أن يبلغ سن الرشد. وقد يبلغ سن الرشد كامل التمييز والإدراك فتكون له أهلية أداء كاملة. ومع ذلك قد يعترضه عارض من عوارض الأهلية كجنون أو سفه، أو أنه قد يبلغ سن الرشد مع قيام عارض من هذه العوارض. وقد يكون من شأن هذا العارض أن يعدمه التمييز أو أن ينتقص منه، وفى أحيان أخرى قد يبلغ الشخص سن الرشد مميزاً كامل التمييز والأهلية ومع ذلك يقوم هناك مانع يمنعه من مباشرة التصرفات القانونية أو بعضها،

ولذلك ينبغى علينا أن نعرض أولاً لمراحل الأهلية أو تدرجها بحسب السن. ثم نعرض لعوارض الأهلية وفى النهاية نتعرف على موانع الأهلية.

(أ) تدرج الأهلية بحسب السن:

حيث أن مناط أهلية الأداء هو كمال التمييز وأن التمييز يتدرج بتدرج السن. فإن أهلية الأداء تتدرج بتدرج السن.

ولذلك قد ميز القانون بين ثلاث مراحل:

المرحلة الأولي: الصبي غير المميز: حدد القانون سن التمييز للشخص بالسابعة. فكل من لم يبلغ السابعة يعتبر فاقداً للتمييز. (م ٢/٤٥ مدنى) ويترتب على ذلك انعدام أهلية الأداء لديه. وبالتالى لايصلح لمباشرة التصرفات القانونية أياً كان نوعها، وإذا أقدم على تصرف من التصرفات كان باطلاً بطلاناً مطلقاً.

المرحلة الثانية: الصبي المميز (القاصر): إذا بلغ الشخص سن السابعة كان مميزاً وتكون له أهلية أداء ناقصة لأنه يفترض فى هذه المرحلة أنه لم تتوافر له أسباب التمييز كاملة. ويظل الشخص معتبراً ناقص الأهلية إلى أن يبلغ سن الرشد وهى إحدى وعشرين سنة ميلادية كاملة[1].

القاعدة العامة في شأن تصرفات ناقص الأهلية:

وحكم تصرفات الشخص فى هذه المرحلة يتوقف على نوعها. فإذا كانت تصرفات نافعة نفعاً محضاً، تعتبر صحيحة وعلى العكس من ذلك إذا كانت ضارة ضرراً محضاً تعتبر باطلة بطلاناً مطلقاً. أما بالنسبة للتصرفات الدائرة بين النفع والضرر فإنها تكون قابلة للإبطال ويكون حق التمسك بهذا الإبطال قاصراً على ناقص الأهلية الذى قام بالتصرف. وعلى ذلك إذا أجاز القاصر التصرف بعد بلوغه سن الرشد يزول حق التمسك بالإبطال وبالمثل إذا صدرت الإجازة من وليه أو من المحكمة، بحسب الأحوال، وفقاً للقانون (م ١١١ مدنى مصرى) وإذا ما لجأ ناقص الأهلية إلى طرق احتيالية لإخفاء نقص أهليته على

---

(١) انظر المادة ٢/٤٤ مدنى مصرى والتي تنص على أن سن الرشد هى إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.

المتعاقد الآخر معه، فإنه يلتزم بالتعويض عن الأضرار التى تصيب الطرف الآخر من جراء إخفاء نقص أهليته (م ١١٩ مدنى مصرى).

- **الاستثناءات:**

إذا كانت هذه القاعدة في صدد حكم تصرفات ناقص الأهلية إلا أن المشرع قد قرر، خروجا علي هذا الأصل، أهلية أداء كاملة للقاصر في بعض الحالات في الحدود التي بينها القانون بصدد كل حالة منها وهذه الحالات هي:

- **حالة القاصر المأذون له بالإدارة:**

* بالنسبة للقاصر المشمول بالولاية يجوز «للولى أن يأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشرة في تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها ويكون ذلك بإشهاد لد الموثق وله أن يسحب هذا الإذن أو يحد منه بإشهاد آخر منه مع مراعاة حكم المادة ٩٧٢ من قانون المرافعات» (م ٥٤ من قانون الولاية على المال).

* أما بالنسبة للقاصر المشمول بالوصاية فإنه «يجوز للمحكمة بعد سماع أقوال الوصى أن تأذن للقاصر الذى بلغ الثامنة عشر فى تسلم أمواله كلها أو بعضها لإدارتها. وإذا رفضت المحكمة الإذن فلا يجوز تجديد طلبه قبل مضى سنة من تاريخ صدور القرار النهائى بالرفض».

– وقد بينت المادة ١١٢ مدنى حكم تصرفات القاصر المأذون له بالإدارة بنصها على أنه «إذا بلغ الصبى المميز الثامنة عشرة من عمره وأذن له فى تسلم أمواله لإدارتها، أو تسلمها بحكم القانون، كانت أعمال الإدارة منه صحيحة فى الحدود التى رسمها القانون». وكذلك قد نصت المادة ٦٤ من قانون الولاية على المال على أنه «يعتبر القاصر المأذون من قبل وليه أو المحكمة أو نص القانون كامل الأهلية فيما أذن له فيه وفى التقاضى فيه».

وعلى ذلك إذا توافرت هذه الشروط فى القاصر فإنه تكون له **أهلية الإدارة** فقط، فيعتبر كامل الأهلية بالنسبة لأعمال الإدارة، وهى الأعمال التى تتعلق بحفظ المال الذى سلم إليه وباستغلاله دون أن يملك التصرف فى هذا المال. وفى ذلك نصت المادة ٥٦ من قانون الولاية على المال بقولها «للقاصر المأذون له أن يباشر أعمال الإدارة وله أن يفى ويستوفى الديون المترتبة على هذه الأعمال ولكنه لايجوز له أن يؤجر الأراضى الزراعية والمبانى لمدة تزيد على

سنة ولا أن يفى الديون الأخرى ولو كانت ثابتة بحكم واجب النفاذ أو سند تنفيذى آخر إلا بإذن خاص من المحكمة أو من الوصى فيما يملكه من ذلك».

«ولايجوز للقاصر أن يتصرف فى صافى دخله إلا بالقدر اللازم لسد نفقاته ومن تلزمه نفقتهم قانوناً».

ولما كانت أهلية الإدارة التى تمنح للقاصر، إنما قصد منها اختبار صلاحية واستعداده لتسلم أمواله نهائياً عند بلوغ سن الرشد، فإن القانون قد وضع عليه رقابة فى هذا الصدد من شأنها أن تؤدى إلى الحد من الإذن أو سحبه نهائياً، إذا لم تتضح كفاءته.

ولذلك نصت المادة ٥٨ من قانون الولاية على المال على أنه «على المأذون له فى الإدارة أن يقدم حساباً سنوياً يؤخذ عند النظر فيه رأى الوصى وللمحكمة أن تأمر بإيداع المتوفر من دخله إحدى خزائن الحكومة أو أحد المصارف ولا يجوز له سحب شئ منه إلا بإذن منها».

كما نصت المادة ٥٩ من قانون الولاية على المال على أنه «إذا قصر المأذون فى الإدارة فى تنفيذ ما قضت به المادة ٥٨ أو أساء التصرف فى إدارته أو قامت أسباب يخشى معها من بقاء الأموال فى يده جاز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو أحد ذوى الشأن أن تحد من الإذن أو تسلب القاصر إياه، بعد سماع أقواله».

حالة الإذن للقاصر بالإتجار: ويشترط فى هذه الحالة أن يكون قد بلغ القاصر سن ١٨ سنة، وأن تأذن له المحكمة فى ذلك إذناً مطلقاً أو مقيداً. (م ٥٧ من قانون الولاية على المال فى مصر)[1]. وكل ذلك راجع إلى أن التجارة لاتعتبر من قبيل أعمال الإدارة، كما أنها تستتبع مسؤوليات جسيمة قد تؤدى بالمال جميعه.

حالة الإذن فى زواج القاصر: وقد نص القانون على أنه «إذا أذنت المحكمة فى زواج القاصر الذى له مال، كان ذلك إذناً فى التصرف فى المهر والنفقة،

---

(١) انظر المادة ٢/١١ من قانون التجارة الجديد. وتنص المادة ٣/١١ على أن «تكون للقاصر المأذون له فى الاتجار الأهلية الكاملة للقيام بجميع التصرفات القانونية التى تقتضيها تجارته».

ما لم تأمر المحكمة بغير ذلك عند الإذن أو فى قرار لاحق». (م ٦٠ من قانون الولاية على المال).

الأموال المخصصة لأغراض النفقة: للقاصر أهلية التصرف فيما يسلم له أو يوضع تحت تصرفه عادة من أموال لأغراض نفقته ويصبح التزامه المتعلق بهذه الأغراض، فى حدود هذا المال فقط. (م ٦١ من قانون الولاية على المال).

حالة إبرام عقد العمل: للقاصر أن يبرم عقد العمل الفردي، وفقاً لأحكام القانون، لكن للمحكمة بناء على طلب ذوى الشأن إنهاء العقد رعاية لمصلحة القاصر أو مستقبله أو لمصلحة أخرى ظاهرة. (م ٦٢ من قانون الولاية على المال)

حالة ما يكسبه القاصر من عمله: للقاصر الذى بلغ السادسة عشر أهلية التصرف فيما يكسبه من عمله من أجر أو غيره وللمحكمة أن تقيد حق القاصر فى ذلك إذا ما اقتضت ذلك المصلحة. ولايجوز، بصفة عامة، أن يتعدى أثر التزام القاصر حدود المال الذى يكسبه من مهنته أو صناعته (م ٦٣ من قانون الولاية على المال).

حالة الوصية: وتكون الوصية الصادرة من القاصر جائزة إذا كان قد بلغ ١٨ سنة وتكون قد أذنت المحكمة له بذلك.

المرحلة الثالثة: البالغ الرشيد: إذا بلغ الشخص سن الرشد وهى إحدى وعشرين سنة ميلادية فى مصر، اكتملت له عناصر التمييز، وصار بذلك كامل الأهلية يستطيع القيام بكل أنواع التصرفات القانونية. ولا يكفى أن يبلغ الشخص سن الرشد، بل يتعين أن يكون قد بلغ هذه السن وهو متمتعاً بقواه العقلية ولم يحجر عليه. وبالتالى تنتهى عليه الولاية أو الوصاية بقوة القانون.

لكن إذا بلغ الشخص هذه السن وهو غير متمتع بقواه العقلية وطلب من له الولاية أو الوصاية عليه الحكم باستمرارهما قبل بلوغ الحادية والعشرين استمرت الولاية أو الوصاية لما بعد البلوغ وإلى حين رفعهما بقرار من القضاء لكن إذا بلغ الشخص هذه السن وهو غير متمتع بقواه العقلية ولم يحكم باستمرار الولاية أو الوصاية عليه فإنه ينبغى أن تتخذ إجراءات الحجر وتعين قيم عليه.

(ب) عوارض الأهلية:

قد يبلغ الشخص الحادية والعشرين كامل الأهلية، ثم يطرأ عليه عارضاً من عوارض الأهلية يؤثر فى تمييزه، فيفقده أو ينتقص منه. وبالتالى يفقد أهليته أو يكون ناقص الأهلية. ويميز القانون المصرى بين نوعين من العوارض:

- **عوارض معدمة للأهلية:** وهذه العوارض تعدم الأهلية وتتمثل فى الجنون والعته.

- الجنون مرض يصيب العقل ويفقده تمييزه، فلا يعتد بأقواله وأفعاله(١). أما العته فهو نقصان العقل واختلاله ويجعل الشخص قليل الفهم مختلط الكلام دون أن يصل إلى مرتبة الجنون(٢).

وقد سوى القانون بين المجنون والمعتوه فى الحكم واعتبر كلاً منهما كالصبى غير المميز ويحجر عليهما بحكم من المحكمة وفقاً للإجراءات التى بينها القانون فى هذا الصدد (م ١١٣ مدنى) كما يرفع الحجر بقرار من المحكمة كذلك إذا ما انتهت حالة الجنون أو العته. وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيماً لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة فى هذا القانون (م ٦٥ من قانون الولاية على المال).

وتكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة (م٦٨ من قانون الولاية على المال).

- أما بالنسبة لتصرفات المجنون والمعتوه، فقد ميز المشرع المصرى بين مرحلتين:

الأولى: فى الفترة السابقة على تسجيل طلب الحجر، فالأصل أن جميع تصرفاته صحيحة رغم انعدام التمييز لديهما وذلك تحقيقاً لاستقرار المعاملات

---

(١) وتنص المادة ٩٤٤ من المجلة على أن «المجنون على قسمين أحدهما المجنون المطبق وهو الذى جنونه يستوعب جميع أوقاته والثانى هو المجنون غير المطبق وهو الذى يكون فى بعض الأوقات مجنوناً ويفيق فى بعضها».

(٢) وتنص المادة ٩٤٥ من المجلة على أن «المعتوه هو الذى اختل شعوره بحيث يكون فهمه قليلاً وكلامه مختلطاً وتدبيره فاسد».

لكن إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد أو كان الطرف الآخر الذى يتعاقد مع المجنون أو المعتوه على علم بهذه الحالة أو كان فى إمكانه أن يعلم بها، باعتبار أنها شائعة يكون التصرف باطلاً، لأن الطرف الآخر لن يفاجأ إذا ما بطل التصرف.

الثانية: فى الفترة اللاحقة لتسجيل طلب الحجر، يعامل المجنون والمعتوه معاملة الصبى غير المميز إلى أن يرفع عنها الحجر[1].

- **عوارض منقصة للأهلية:**

هذه العوارض تنقص الأهلية ولكنها لا تعدمها وتتمثل هذه العوارض المنقصة للأهلية فى السفه والغفلة.

- **السفيه**، هو من يبذر المال ويبدده فى غير موضعه، على غير مقتضى العقل والشرع[2].

- أما **ذو الغفلة**، فهو شخص لايحسن التمييز بين الرابح والخاسر من التصرفات، فيخدع فى معاملاته بسهولة ويغبن[3].

وقد سوى القانون بينهما فى الحكم، واعتبر كل منهما فى حكم الصبى المميز، فتنص المادة ٤٦ مدنى على أن «كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد، وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيهاً أو ذا غفلة، يكون ناقص الأهلية وفقاً لما يقرره القانون».

---

(١) تنص المادة ١١٤ مدنى مصرى على أنه «١- يقع باطلاً تصرف المجنون والمعتوه، إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار الحجر. ٢- أما إذا كان التصرف قبل تسجيل قرار الحجر، فلا يكون باطلاً إلا إذا كانت حالة الجنون أو العته شائعة وقت التعاقد، أو كان الطرف الآخر على بينة منها».

(٢) وتنص المادة ٩٤٦ من المجلة على أن «السفيه هو الذى يصرف ماله فى غير موضعه ويبذر فى مصارفه ويضيع أمواله ويتلفها بالإسراف، والذين لا يزالون يغفلون فى أخذهم وإعطائهم ولم يعرفوا طريق تجارتهم وتمتعهم بسبب بلاهتهم وخلو قبولهم يعدون أيضاً من السفهاء». وعلى ذلك تعتبر المجلة ذو الغفلة من السفهاء.

(٣) انظر م ٩٤٦ من المجلة السابق الإشارة إليها.

ويحجر على كل من السفيه وذى الغفلة بقرار من المحكمة ووفقاً للإجراءات المبينة بالقانون ويرفع عنهما بقرار منها (م ١١٣ مدنى). كما أن المحكمة تعين فى هذه الحالة قيماً لإدارة أموالهما وفقاً للأحكام المقررة فى القانون (م ٦٥ من قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢). وتكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم من تختاره المحكمة (م ٦٨ من قانون الولاية على المال).

- أما بالنسبة للتصرفات الصادرة منهما فإن المشرع قد ميز فى حكمها بين مرحلتين:

الأولي: فى الفترة السابقة على تسجيل طلب الحجر، تعتبر جميع تصرفاتهما صحيحة حتى ولو كانت حالة السفه أو الغفلة شائعة أو معلومة من الطرف الآخر. ولكن إذا كانت هذه التصرفات نتيجة استغلال من الطرف الآخر، أو تواطؤ فإنها تأخذ حكم التصرفات المبرمة بعد تسجيل طلب الحجر.

الثانية: فى الفترة اللاحقة على تسجيل طلب الحجر فإن تصرفاتهما تأخذ حكم تصرفات الصبى المميز على التفصيل السابق بيانه. (م ١١٥ مدنى).

وقد خرج المشرع على هذه القاعدة فى حالتين:

١ - أجاز القانون للسفيه ولذى الغفلة التصرف فى أموالهما عن طريق الوقف والوصية ويقع التصرف صحيحاً متى أذنت المحكمة فى ذلك حتى ولو كان بعد تسجيل قرار الحجر. (م ١/١١٦ مدنى).

٢ - أجاز القانون كذلك للسفيه ولذى الغفلة المحجور عليهما مباشرة أعمال الإدارة متى أذنت لهما المحكمة فى تسلم كل أو بعض أموالهم لإدارتها وفى هذه الحالة تسرى الأحكام المتعلقة بالقاصر، المأذون بالإدارة (م ٢/١١٦ مدنى، م ٦٧ من قانون الولاية على المال).

(ج) موانع الأهلية:

قد يكون الشخص كامل الأهلية، أى أنه بالغ لسن الرشد متمتعاً بقواه العقلية غير محجور عليه ومع ذلك قد تطرأ ظروف مادية (غيبة) أو قانونية (الحكم بعقوبة جناية) أو طبيعية (عاهة مزدوجة) تعوقه عن مباشرة

التصرفات القانونية بنفسه أو تعوقه عن مباشرتها منفرداً. فى هذه الحالات يقرر القانون تعيين شخص آخر يباشر عنه هذه التصرفات أو يقوم إلى جانبه عند مباشرتها.

(١) الغيبة: وحتى تعتبر الغيبة مانع مادى يعوق الشخص عن مباشرة التصرفات القانونية بنفسه رغم كمال أهليته، فإنه يجب أن تنقضى مدة سنة أو أكثر على غيابه وأن يترتب على ذلك تعطيل مصالحه بحيث يستحيل عليه أن يتولى شؤونه بنفسه أو يشرف عليها من ينيبه فى إدارتها (م ٧٤ قانون الولاية على المال) ففى هذه الحالة تعين له المحكمة وكيلاً ليباشر عنه التصرفات القانونية أو تثبت الوكيل الذى عينه الغائب إذا توافرت فيه الشروط الواجب توافرها فى الوصى (م ٧٥ قانون الولاية على المال) هذه الغيبة كمانع من مباشرة الأهلية تنتهى بزوال سببها، كما تنتهى بموت الغائب أو بالحكم باعتباره ميتاً. (م ٧٦ من قانون الولاية على المال).

(٢) العاهة: وهى مانع طبيعى يترتب على وجودها عدم استطاعة الشخص مباشرة التصرفات القانونية بنفسه، أو يكون فى استطاعته مباشرتها لكن يخشى من انفراده بالتصرف، فتعين له المحكمة مساعد قضائى يتولى مساعدته بالنسبة للتصرفات التى تتقرر فيها المساعدة. ويلزم لتعيين مساعد قضائى:

١ - أن تكون هناك عاهة مزدوجة، كما إذا كان الشخص أصم بكم، أو أعمى أصم أو أعمى بكم (م ٢١٧ مدنى) فلابد من اجتماع عاهتين فى وقت واحد (م ١/٧٠ من قانون الولاية على المال) أو أن يكون هناك عجز جسمانى كالشلل النصفى، والضعف الشديد. (م ٢/٧٠ قانون الولاية على المال).

٢ - ينبغى أن يتعذر التعبير عن الإرادة بسبب العاهة المزدوجة، كما ينبغى أن يكون العجز الجسمانى شديد بحيث يخشى معه من انفراد الشخص مباشرة التصرف فى ماله (م ١/٧٠ قانون الولاية على المال) فإذا لم يترتب على العاهة أو العجز شئ من ذلك فلا تتقرر المساعدة القضائية.

٣ – ويلزم لتعيين مساعد قضائى أن يتعلق الأمر بتصرف من التصرفات التى نص عليها القانون فى المادة ٣٩ من قانون الولاية على المال.

إذا توافرت هذه الشروط جاز للمحكمة أن تعين للشخص مساعداً قضائياً والأمر جوازى لها، حتى مع هذه الشروط.

– ويترتب على تقرير المساعدة ضرورة اشتراك المساعد مع من تقررت له المساعدة فى مباشرة التصرفات التى تقتضى مصلحته أن يعاونه بشأنها، فإذا انفرد المساعد بمباشرة التصرف كان غير نافذ فى مواجهة من تقررت المساعدة لمصلحته وإذا انفرد من تقررت المساعدة لمصلحته كان التصرف قابلاً للإبطال خاصة إذا صدر التصرف بعد تسجيل قرار المساعدة (م ٢/١١٧ مدنى).

فى حالة امتناع المساعد عن الاشتراك فى إبرام التصرف القانونى، للمحكمة أن تأمر بتعيين مساعد آخر للمشاركة فى إبرام التصرف أو تأذن للمحكوم بمساعدته بالانفراد فى إبرامه (م ١/٧١ قانون الولاية على المال) كما للمحكمة أن تؤذن بانفراد المساعد فى إبرام التصرف الذى يمتنع من تقرر مساعدته عن المشاركة فى إبرامه ويكون من شأنه امتناعه أن يعرض أمواله للخطر (م ٢/٧١ قانون الولاية على المال).

يرتفع هذا المانع بقرار من المحكمة بإنهاء المساعدة القضائية لانتهاء سببها.

(٢) الحكم بعقوبة جنائية:

تقضى المادة ٢٥/رابعاً من قانون العقوبات بأن كل حكم بعقوبة جناية يستلزم حتماً حرمان المحكوم عليه مدة اعتقاله من مباشرة أعمال الإدارة الخاصة بأمواله وأملاكه. ويكون له تعيين قيم تقره المحكمة ليقوم بمباشرة هذه الأعمال عنه، وإلا عينت له المحكمة قيماً بناء على طلب النيابة العامة أو ذى مصلحة فى ذلك. فضلاً على ذلك يمتنع على المحكوم عليه مباشرة أعمال التصرف إلا بناء على إذن المحكمة، وكل تصرف يباشره دون الحصول على هذا الاذن يعتبر باطلاً بطلاناً مطلقاً.

ويظل هذا المانع قائماً بالنسبة للمحكوم عليه طالما كان تنفيذ العقوبة مستمراً فإذا ما أفرج عنه، ولو إفراجاً شرطياً أو انتهت مدة العقوبة يقدم له القيم حساباً عن إدارته.

٢ - أحكام الولاية علي المال:

تنص المادة ٤٧ مدنى على أن «يخضع فاقدو الأهلية وناقصوها بحسب الأحوال لأحكام الولاية والوصاية أو القوامة بالشروط ووفقاً للقواعد المقررة فى القانون».

- تعريف الولاية:

الولاية ببساطة هى أن يتولى الشخص أمر غيره. أما الولاية من الناحية القانونية هى السلطة الممنوحة لشخص ليقوم بالتصرف فى مال الغير بحيث تنتج هذه التصرفات أثرها فى حق هذا الغير. وتستمد هذه السلطة إما مباشرة من القانون أو من حكم القاضى أو من الغير نفسه.

والعلة فى تقرير هذه الولاية هى حاجة الغير إلى من يتولى شئونه. وحاجة الغير إلى ذلك ترجع إما إلى نقص أهليته أو إنعدامها، مثل ذلك الجنين، الصبى غير المميز، الصبى المميز أو من اعترى أهليته عارض من عوارض الأهلية أو مانع من موانعها على النحو السابق بيانه.

والولاية تتسع لتشمل الولاية والوصاية والقوامة والمساعدة القضائية والوكالة عن الغائب وهذا ما نص عليه قانون الولاية على المال رقم ١١٩ لسنة ١٩٥٢[١].

واستكمالاً لدراستنا السابقة فإن ما يحتاج إلى شئ من التفصيل فى هذا المقام ما يتعلق بأحكام الولاية على مال الصغير القاصر، والولاية على مال المحجور عليه.

---

(١) وقد كرس قانون المرافعات المدنية والتجارية باباً كاملاً للإجراءات الخاصة بالولاية على المال من المادة ٩٦٩ إلى المادة ١٠٣٢.

أ - الولاية علي مال الصغير:

الولاية والوصاية: تنص المادة الأولى من قانون الولاية على المال على أن «للأب ثم للجد الصحيح إذا لم يكن الأب قد اختار وصياً للولاية على مال القاصر وعليه القيام بها ولايجوز له أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة».

يتضح من ذلك أنه بالرغم من أن للولاية نفس وظيفة الوصاية إلا أنها تختلف عنها من حيث **أولاً**، أن الولاية حق للأب ثم للجد الصحيح دون غيرهما أما الوصاية (وما فى حكمها) فهى تكون لأى شخص تتوافر فيه الشروط والصفات التى نص عليها القانون، وثانياً، أن الولاية تثبت بقوة القانون للأب أو للجد دون حاجة إلى قرار من المحكمة بالتعيين أو التثبيت وذلك على خلاف الوصاية التى لاتثبت إلا بقرار من المحكمة بتعيين الوصى أو بتثبيته إذا كان الأب قد اختار وصياً على ابنه القاصر قبل وفاته، وثالثاً: أن نطاق سلطة الولى ومضمونها أوسع بكثير من نطاق سلطة الوصى ومضمونها ويرجع ذلك إلى رابطة القرابة التى تربط الصغير بأبيه أو بجده وخاصة وأن الأب، وكذلك الجد، يخاف على مصلحة ابنه أكثر من مصلحة نفسه.

(أولاً) الولاية:

الولاية مثالاً نموذجياً للمركز القانونى يتضمن فى طياته الحق والواجب، فهى حق للأب ثم للجد بحكم قرابة الدم التى تربطهما بالصغير، كما أنها واجب مفروض عليهما لرعاية مصالح وأموال الصغير القاصر ولذلك لايجوز لأى منهما أن يتنحى عنها إلا بإذن المحكمة حتى يتسنى لها اتخاذ ما يلزم من إجراءات لحماية مصالح القاصر الخاضع للولاية.

– والولاية وسيلتها النيابة القانونية ولذلك يجب أن يتوافر فى الولى الأهلية اللازمة للتصرف المراد إبرامه وهذا ما نصت عليه المادة الثانية من قانون الولاية على المال بقولها بأنه «لايجوز للولى مباشرة حق من حقوق الولاية إلا إذا توافرت له الأهلية اللازمة لمباشرة هذا الحق فيما يتعلق بماله هو» فإذا كان الولى غير أهل لمباشرة تصرف معين فإن المحكمة تعين وصياً خاصاًلمباشرة التصرف بدلاً منه.

وتمتد الولاية لتشمل جميع أموال القاصر فيما عدا ما آل إليه من مال بطريق التبرع إذا اشترط المتبرع ذلك (م ٣ قانون الولاية على المال) وبخصوص إدارة هذا المال فإن المحكمة تعين وصياً خاصاً لإدارته. وسنعرض هنا لقيام الولاية وحدودها، ثم نعرض بعد ذلك لانتهاء الولاية.

(أ) قيام الولاية وحدودها:

تنص المادة ٤ من قانون الولاية على المال بأن «يقوم الولى على رعاية أموال القاصر وله إدارتها وولاية التصرف فيها مع مراعاة الأحكام المقررة فى هذا القانون». هذه الأحكام خصت الأب بمعاملة تفضيلية فى نطاق الولاية فى الوقت الذى قيدت فيه سلطة الجد فى إدارة والتصرف فى أموال القاصر وفى النهاية وضعت المحكمة بعض القيود على كل من الأب والجد للتأكد من حماية الصغير ورعاية مصالحه. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

(١) نطاق المعاملة التفضيلية للأب في مجال الولاية والحكمة منها:

فى الغالب المألوف أن الأب يحب أن يرى ابنه أفضل منه. ولذلك فهو يخاف على مصلحة ابنه أكثر من خوفه على مصلحته الشخصية. لهذه الأسباب خص المشرع الأب بمعاملة تفضيلية فى نطاق الولاية على مال الصغير.

من مظاهر هذه المعاملة التفضيلية ما يلى:

- لا تسرى القيود المنصوص عليها فى هذا القانون على سلطة الولى بخصوص ما آل إلى القاصر من مال بطريق التبرع من أبيه صريحاً كان التبرع أو مستتر. كما أن الأب لا يلزم بتقديم حساب عن هذا المال (م ١٣ من قانون الولاية على المال).

- للأب أيضاً أن يتعاقد مع نفسه باسم القاصر سواء أكان ذلك لحسابه هو أم لحساب شخص آخر إلا إذا نص القانون على غير ذلك (م ١٤ من قانون الولاية على المال).

- يجوز للأب أن يتصرف فى العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية التى لاتزيد قيمتها على ثلثمائة جنيه، وكذلك المنقولات المادية الأخرى أياً

كانت قيمتها. دون حاجة إلى الحصول على إذن من المحكمة. ونحن نرى أن هذا المبلغ قد أصبح ضئيلاً فى ظل الظروف الاقتصادية الراهنة ويحتاج دائماً إلى مراجعة من جانب المشرع لييسر للأب حسن إدارة أموال ابنه.

وإذا زادت قيمة العقار أو المحل التجارى أو الأوراق المالية عن ثلثمائة جنيه وجب الحصول على إذن المحكمة مع العلم بأنه لايجوز للمحكمة أن ترفض الإذن إلا إذا كان التصرف من شأنه جعل أموال القاصر فى خطر أو كان فيه غبن يزيد على خمس القيمة.

وبذلك يكون المشرع وفق بين سلطة الأب فى التصرف فى هذه الحالة وبين رعاية مصالح الصغير عن طريق بسط المحكمة رقابتها على هذه التصرفات.

– لا يسأل الأب عن خطئه الجسيم (م ٢٤ من قانون الولاية على المال) كما أن الأب لايحاسب على ما تصرف فيه من ريع مال القاصر إلا إذا كان هذا المال وهب للقاصر لغرض معين كالتعليم أو القيام بحرفة أو مهنة (م ٢٥ من قانون الولاية على المال).

(٢) القيود الواردة علي سلطة الجد وحدودها:

ويقصد هنا بالجد، الجد الصحيح، أى الجد لأب ويتضح من أحكام قانون الولاية على المال أنه لم يشأ أن يسوى بين الأب والجد فى مجال الولاية على الصغير حيث أنه قيد من سلطة الجد وجعلها لا تشمل سوى حق إدارة أموال الصغير.

ونحن نرى أنه لا محل للتمييز بين الأب والجد فى هذا الصدد حيث أنه فى الغالب المألوف أن الجد يكون أكثر تعلقاً وحباً لأحفاده من أبنائه وكان ينبغى أن يعطى له القانون نفس السلطات التى أعطاها للأب.

وبالرجوع إلى أحكام القانون نجد أن سلطة الجد تنحصر فى أعمال الإدارة دون أعمال التصرف على النحو التالى:

– لا يجوز للجد بغير إذن المحكمة التصرف فى مال القاصر ولا الصلح عليه ولا التنازل عن التأمينات أو إضعافها (م ١٥ من قانون الولاية على المال).

- إذا كان الأب لا يسأل عن خطئه الجسيم إلا أن الجد فإنه يسأل مسئولية الوصى. (م ٢٤ من قانون الولاية على المال).

- كما أن القانون أخضع الجد للأحكام الخاصة بالحساب والمقررة فى هذا القانون سواء فيما يتعلق برأس المال أو بالريع. وبناء على ذلك يجب على الجد أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أو يناير من كل سنة (م ١/٤٥ من قانون الولاية على المال) إذا كانت أموال القاصر تزيد على ٥٠٠ جنيه، أما إذا قلت عن ذلك فيعفي من تقديم الحساب السنوى ما لم تر المحكمة غير ذلك (م ٢/٤٥ من قانون الولاية على المال) كما أنه يجب على الجد، إذا ما سلبت ولايته أو حكم بسقوطها بالنسبة لمال القاصر المشمول بولايته أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إنقضاء ولايته (م ٣/٤٥ من قانون الولاية على المال).

(٢) القيود والالتزامات المفروضة علي الولي بصفة عامة لحماية الصغير:

هذه القيود والالتزامات فرضها المشرع على الولى، سواء كان أباً أو جداً، من أجل توفير الحماية اللازمة لأموال الصغير، ولنر ذلك بشئ من التفصيل:

القيد الأول: متعلق بضرورة الحصول على إذن المحكمة لمباشرة بعض التصرفات والأعمال، من ذلك:

- تنص المادة ٥ من قانون الولاية على المال على أنه «لايجوز للولى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن المحكمة».

- تنص المادة ٦ من قانون الولاية على المال على أنه «لايجوز للولى أن يتصرف فى عقار القاصر لنفسه أو لزوجه أو لأقاربه أو لأقاربها إلى الدرجة الرابعة إلا بإذن المحكمة ولا يجوز له أن يرهن عقار القاصر لدين على نفسه».

- تنص المادة ٨ من قانون الولاية على المال على أنه «إذا كان مورث القاصر قد أوصى بأن لا يتصرف وليه فى المال الموروث فلا يجوز للولى أن يتصرف فيه إلا بإذن المحكمة وتحت إشرافها».

- وتنص المادة ٩ من قانون الولاية على المال على أنه «لايجوز للولى إقراض مال الصغير ولا إقتراضه إلا بإذن المحكمة».

- تنص المادة ١٠ من قانون الولاية على المال على أنه «لايجوز للولى بغير إذن المحكمة تأجير عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد بسنة».

- وتنص المادة ١١ من قانون الولاية على المال على أنه «لايجوز للولى أن يستمر فى تجارة آلت للقاصر إلا بإذن من المحكمة وفى حدود هذا الإذن»[١].

- وتنص المادة ١٢ من قانون الولاية لعى لمال على أنه «لايجوز للولى أن يقبل هبة أو وصية للصغير محملة بالتزامات معينة إلا بإذن المحكمة».

فإذا لم يحصل الولى على إذن المحكمة وقام بتصرف أو عمل من التصرفات أو الأعمال السابقة فإن هذا التصرف لا يكون نافذاً فى حق القاصر لتجاوز الولى للحدود المرسومة للنيابة القانونية المقررة فى القانون.

القيد الثاني: حدود الانفاق من مال الصغير:

تنص المادة ١٧ من قانون الولاية على المال على أن «للولى أن ينفق على نفسه من مال الصغير إذا كانت نفقته واجبة عليه وله كذلك ينفق منه على من تجب على الصغير نفقته».

وعلى ذلك فإن للأب والجد الحق فى الإنفاق على نفسيهما من مال الصغير بشرط أن تكون نفقتهما واجبة عليه. كما لهما كذلك الإنفاق من مال الصغير على من يجب على الصغير نفقته. والحق فى الانفاق من مال الصغير لم يقيده المشرع بضرورة الحصول على إذن من المحكمة وذلك مراعاة منه لأواصر القرابة بينهما وبين الصغير. ولكن الحق فى الانفاق ليس مطلقاً فإنه مقيد بالمبادئ العامة للشريعة وهو ضرورة أن يأخذ الولى من أموال الصغير بالمعروف مما يستتبع مراعاة حال الصغير ومدى ثرائه عند تحديد مقدار هذا الإنفاق. كما يجب أن يكون هذا الإنفاق من ريع مال الصغير دون أن يمتد إلى الأصل.

- أما بالنسبة للإلتزامات المفروضة علي الولي لحماية أموال الصغير فإنها تتمثل فيما يلى:

---

(١) انظر فى تفصيل هذه الأحكام أيضاً قانون التجارة الجديد فى المادة ١٢، ١٣ منه.

- تنص المادة ١٦ من قانون الولاية على المال على أنه «على الولى أن يحرر قائمة بما يكون لقاصر من مال أو ما يؤول إليه وأن يودع هذه القائمة قلم كتاب المحكمة التى يقع بدائرتها موطنه فى مدى شهرين من بدء الولاية أو من أيلولة هذا المال إلى الصغير».

«ويجوز للمحكمة إعتبار عدم تقديم هذه القائمة أو التأخير فى تقديمها تعريضاً لمال القاصر للخطر».

- وتنص المادة ٢/٢٥ من قانون الولاية على المال على أنه «على الولى أو ورثته رد أموال القاصر إليه عند بلوغه. ويسأل هو أو ورثته عن قيمة ما تصرف فيه باعتبار القيمة وقت التصرف».

(ب) إنتهاء الولاية وحدودها:

(١) إنتهاء الولاية: تنتهى الولاية ببلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة ما لم تحكم المحكمة قبل بلوغه هذا السن باستمرار الولاية عليه (م ١٨ من قانون الولاية على المال).

وإذا انتهت الولاية على شخص فلا تعود إلا إذا قام به سبب من أسباب الحجر (م ١٩ من قانون الولاية على المال) كجنون أو عته أو سفه أو غفله وفى هذه الحالة يحكم عليه بالحجر وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيماً لإدارة أمواله، وبالتالى يخضع المحجور عليه لنظام القوامة لا لنظام الولاية.

(٢) سلب الولاية والحد منها: إذا أصبحت أموال القاصر فى خطر بسبب سوء تصرف الولى أول لأى سبب آخر فللمحكمة أن تسلب ولايته أو تحد منها (م ٢٠ من قانون الولاية على المال).

إن العلة فى تقرير الولاية هى رعاية شئون الصغير وحماية أمواله ولهذا السبب أو كل القانون الولاية لأقرب الأشخاص إلى الصغير (الأب أو الجد لأب) كما اشترط القانون فيه أن يكون كامل الأهلية. فإذا إنتفت العلة من الولاية بأن كان الولى سئ التدبير أو ارتكب إهمالاً جسيماً فى إدارة أموال القاصر كان للمحكمة أن تسلب ولايته أو أن تقرر الحد منها.

- وسلب الولاية يعنى تجريد الولى من كامل سلطاته التى منحها القانون على مال القاصر، أى يفقد صفته فى أن يكون نائباً قانونياً عنه وبالتالى يمتنع عليه إجراء أى تصرف من التصرفات يتعلق بأموال الصغير.

- أما الحد من الولاية فمعناه أن يتقيد نطاقها وينحسر، أى يمتنع على الولى ممارسة سلطاته على مال القاصر بشكل كامل. وقد يتمثل هذا الحد من الولاية فى منع الولى من القيام بأعمال معينة، أو إجراء تصرفات معينة، كما قد يتمثل أيضاً فقد الولى سلطته بالنسبة لمال معين من أموال القاصر، والمحكمة هى التى تتولى بيان نطاق هذا الحد ومداه.

(٢) وقف الولاية:

تحكم المحكمة بوقف الولاية إذا اعتبر الولى غائباً أو أعتقل تنفيذاً لحكم بعقوبة جناية أو بالحبس مدة تزيد على سنة (م ٢١ من قانون الولاية عل المال).

وقف الولاية يكون نتيجة لقيام مانع يحول دون قيام الولى بواجبات الولاية تجاه الصغير.

- سلب الولاية على النفس أو وقفها يستتبع بالحتم سلب الولاية على المال أو وقفها:

تنص المادة ٢٢ من قانون الولاية على المال على أن «يترتب على الحكم بسلب الولاية على نفس الصغير أو وقفها سقوطها أو وقفها بالنسبة إلى المال».

وكما هو واضح فإن سلب الولاية على النفس، وهى أكثر خطورة من الولاية على المال، لا يكون إلا لأسباب خطيرة بحيث يفقد الولى صلاحية فى ذلك مما يستتبع بالضرورة فقد صلاحيته فى تولى الشئون المالية للصغير.

- مركز الصغير بعد سلب الولاية أو الحد منها أو وقفها:

- فى حالة الحكم بسلب الولاية من الولى فإن هذه الولاية تؤول إلى ولى آخر، كالجد الصحيح بعد سلب ولاية الأب مثلاً، بقوة القانون. فإذا لم يوجد للصغير ولياً آخر فإن المحكمة تعين له وصياً يتولى شئونه.

- فى حالة الحد من الولاية، فإن المحكمة تقوم بتعيين وصى مؤقت وتحدد فى قرارها المهام الموكولة إلى هذا الوصى نتيجة للحد من ولاية الولى (م ٣١ من قانون الولاية على المال) وكذلك نص المادة ٣٢ من هذا القانون.

- فى حالة وقف الولاية، تقيم المحكمة وصياً مؤقتاً ما لم يكن للقاصر ولى آخر (م ٣٢ من قانون الولاية على المال).

- عودة الولاية بعد سلبها أو الحد منها أو وقفها:

تنص المادة ٢٣ من قانون الولاية على المال على أنه «إذا سلبت الولاية أو حد منها أو وقفت فلا تعود إلا بقرار من المحكمة بعد التثبت من زوال الأسباب التي دعت إلى سلبها أو الحد منها أو وقفها».

«ومع ذلك لايقبل طلب استرداد الولاية التي سبق رفضه إلا بعد انقضاء سنتين من تاريخ الحكم النهائي بالرفض».

(ثانياً:) الوصايـة:

لدراسة الوصاية ينبغي علينا التعريف أولاً بالوصاية، من حيث المقصود بها وشروطها وصورها وحكم تعدد الأوصياء، ثم نقف ثانياً على أحكام الوصاية من حيث قيام هذه الوصاية وما يستتبعه ذلك من تخويل الوصي من سلطات وما يفرض عليه من التزامات، ثم التعرض في النهاية لانهاء الوصاية وما يترتب على ذلك الانتهاء من آثار. ولنر كل ذلك بشئ من التفصيل:

أ- التعريف بالوصاية:

في هذا الصدد يجب أن نقف على المقصود بالوصاية وشروطها، ثم نعرض لصورها ولحكم تعدد الأوصياء:

(١) المقصود بالوصاية وشروطها:

- الوصاية نوع من الولاية، ولذلك فإن وسيلتها القانونية هي النيابة القانونية عن الصغير في إدارة أمواله - كما أنها تهدف، كالولاية، إلى صيانة أموال القاصر واستثمارها على الوجه الذي يعود عليه بالخير والمنفعة. والفارق بين الولاية بالمعنى الضيق، والوصاية هو أن الوصاية تثبت لكل شخص غير الأب والجد إذا توافرت فيه الشروط المقررة في قانون الولاية على المال. ولذلك فإن الوصاية لا تثبت بقوة القانون وإنما يعين الوصي من قبل الأب أو بقرار من المحكمة بعد التحقق من توافر الشروط المنصوص عليها في القانون.

- الشروط الواجب توافرها في الوصي:

تدور الشروط الواجب توافرها في الوصي حول عدالته وكفاءته وأهليته الكاملة. وهذا أمر طبيعي لأن الوصي يتصدى لشئون غيره، فعليه صيانة أموال

القاصر واستثمارها، كما أن القاصر، الأصيل، غير أهل للقيام بالتصرفات القانونية اللازمة لإدارة أمواله، ولذلك تطلب القانون في الوصي، النائب، كمال الأهلية حتى يتسنى له القيام بهذه التصرفات. وقد لخصت المادة ٣٧ من قانون الولاية على المال ذلك كله في نصها على أنه «يجب أن يكون الوصي عدلاً كفوءاً ذا أهلية كاملة ...» ثم أفاضت المادة ٢٧ في تفصيل هذه القاعدة الموجزة فنصت على أنه ... ولا يجوز بوجه خاص أن يعين وصياً:

١- المحكوم عليه في جريمة من الجرائم المخلة بالآداب أو الماسة بالشرف أو النزاهة، ومع ذلك إذا انقضت على تنفيذ العقوبة مدة تزيد على خمس سنوات جاز عند الضرورة التجاوز عن هذه الشروط.

٢- من حكم عليه لجريمة كانت تقتضي قانوناً سلب ولايته على نفس القاصر لو أنه كان في ولايته.

٣- من كان مشهوراً بسوء السيرة أو من لم يكن له وسيلة مشروعة للتعيش.

٤- المحكوم بإفلاسه إلى أن يحكم برد اعتباره.

٥- من سبق أن سلبت ولايته أو عزل من الوصاية على قاصر آخر.

٦- من قرر الأب قبل وفاته حرمانه من التعيين متى بنى هذا الحرمان على أسباب قوية ترى المحكمة بعد تحقيقها أنها تبرر ذلك ويثبت الحرمان بورقة رسمية أو عرفية مصدقاً على إمضاء الأب فيها أو مكتوبة بخطة وموقعة بامضائه.

٧- من كان بينه هو أو أحد أصوله أو فروعه أو زوجة وبين القاصر نزاع قضائي أو من كان بينه وبين القاصر أو عائلته عداوة إذا كان يخشى من ذلك كله على مصلحة القاصر.

ويجب على كل حال أن يكون الوصي من طائفة القاصر فإن لم يكن فمن أهل مذهبه وإلا فمن أهل دينه» يجب أن نشير في هذا الصدد أنه بالنسبة للمسلمين فإنه يجب الاتحاد في الديانة فقط. أما بالنسبة لغير المسلمين فإنه يشترط أيضاً اتحاد الطائفة والملة.

هذه هي الشروط الواجب توافرها في الوصي والتي يجب على المحكمة أن تراعيها عند تثبيت الوصي المختار من قبل الأب أو عند تصديها لتعيين وصي إبتداء.

والأصل أن تكون الوصاية بغير أجر إلا إذا رأت المحكمة بناء على طلب الوصى أن تعين أجراً أو أن تمنحه مكافأة عن عمل معين (م ٤٦ من قانون الولاية على المال).

(٢) صور الوصاية:

تتعدد صور الوصاية وتتنوع الزاوية التى ينظر منها إليها، فهناك الوصى المختار والوصى المعين، وهناك الوصى العام والوصى الخاص ووصى الخصومة، وهناك الوصى المؤقت والوصى الدائم. ولنلقى نظرة سريعة على هذه الصور المختلفة للوصاية.

(أ) الوصي المختار والوصي المعين:

الوصي المختار: من البدهى أن صاحب الحق الأول فى اختيار الوصى هو الأب لأنه هو الأقدر من غيره فى تخير من يصلح للوصاية على ولده القاصر أو للحمل المستكن، كما أن من يتبرع للقاصر بأموال معينة يستطيع أن يجعل هذه الأموال لا تدخل فى الولاية (م ٣ من قانون الولاية على المال) كما يجوز له فى نفس الوقت أن يختار من يعهد إليه بالوصاية على القاصر فى خصوص هذه الأموال. ولذلك تنص المادة ٢٨ من قانون الولاية على المالى على أنه «يجوز للأب أن يقيم وصياً مختاراً لولده القاصر أو للحمل المستكن ويجوز ذلك أيضاً للمتبرع فى الحالة المنصوص عليها فى المادة ٢ »، «ويشترط أن يثبت الاختيار بورقة رسمية أو عرفية مصدق على توقيع الأب أو المتبرع فيها أو مكتوبة بخطة وموقعة بامضائه» «ويجوز للأب أو المتبرع بطريق الوصية فى أى وقت أن يعدلا عن إختيارهما» «وتعرض الوصاية على المحكمة لتثبيتها».

الوصي المعين: تنص المادة ٢٩ من قانون الولاية على المال على أنه «إذا لم يكن للقاصر أو للحمل المستكن وصى مختار تعين المحكمة وصياً ويبقى وصى الحمل المستكن وصياً على المولود ما لم تعين المحكمة غيره».

(ب) الوصي العام والوصي الخاص ووصي الخصومة:

الوصي العام: الأصل أن يكون الوصى وصياً عاماً أى تمتد سلطته إلى كل أمواله القاصر فى حدود ما هو مقرر فى القانون.

الوصي الخاص: الوصى الخاص يعتبر استثناءً على الأصل العام حيث يجوز تعيين وصى خاص للقيام بشأن معين ذو طابع خاص أو يحتاج إلى خبرة

خاصة. أو فى حالات معينة تقتضى ذلك (م ٣١ من قانون الولاية على المال).
وقد نصت المادة ٣١ على أنه «تقيم المحكمة وصياً خاصاً تحدد مهمته، وذلك فى الأحوال الآتية:

(أ) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو مصلحة قاصر آخر مشمول بولايته.

(ب) إذا تعارضت مصلحة القاصر مع مصلحة الولى أو زوجة أو أحد أصوله أو فروعه أو من يمثله الوصى.

(جـ) إبرام عقد من عقود المعاوضة أو تعديله أو فسخه أو إبطاله أو إلغاؤه بين القاصر وبين الوصى أو أحد من المذكورين فى البند (ب).

(د) اذا آل إلى القاصر مال بطريق التبرع وشرط المتبرع آلا يتولى الولى إداة المال.

(هـ) إذا استلزمت الظروف دراية خاصة لأداء بعض الأعمال.

(و) إذا كان الوصى غير أهل لمباشرة حق من حقوق الولاية.

وصي الخصومة: تنص المادة ٣٣ من قانون الولاية على المال على أنه «يجوز للمحكمة أن تقيم وصى خصومة ولو لم يكن للقاصر مال».

(جـ) الوصي الدائم والوصي المؤقت:

-الوصي الدائم: الأصل أن يتمتع الوصى بسلطات الوصاية إلى أن تنتهى الوصاية على مال الصغير بسبب من الأسباب المحددة فى القانون، تلك هى الوصاية الدائمة.

- الوصي المؤقت: قد تقتضى ظروف معينة تعيين وصى مؤقت على خلاف الأصل. وهذا ما نصت على المادة ٣٢ من قانون الولاية على المال حيث تقضى بأن «تقيم المحكمة وصياً مؤقتاً إذا حكم بوقف الولاية ولم يكن للقاصر ولى آخر. وكذلك إذا وقف الوصى أو حالت ظروف مؤقتة دون أدائه لواجباته»(١).

---

(١) انظر المادة ٤٨ من قانون الولاية على المال والتى تقضى بأنه «اذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزل الوصى أو فى قيام عارض من العوارض التى تزيل أهليته أمرت المحكمة بوقفه».

- انتهاء مهمة الوصي الخاص والوصي المؤقت:

تنص المادة ٣٥ من قانون الولاية على المال على أن «تنتهي مهمة الوصي الخاص والوصي المؤقت بانتهاء العمل الذى إقيم لمباشرته أو المدة التى اقتضت بها تعيينه».

- خضوع الوصي الخاص والوصي المؤقت ووصي الخصومة لأحكام الوصاية:

تنص المادة ٣٤ من قانون الولاية على المال على أن «تسرى على الوصى الخاص والوصى المؤقت ووصى الخصومة لأحكام الوصاية الواردة فى هذا القانون مع مراعاة ما تقتضيه طبيعة كل منهم».

(٣) حكم تعدد الأوصياء:

على ضوء الأحكام السابقة يتبين لنا أن الأصل أن يكون للصغير وصياً واحداً يتولى شئونه، لكن ليس ما يمنع من أن هناك حالات أو ظروف معينة تقتضى أن يكون للصغير عدة أوصياء. وهذا ما واجهته المادة ٣٠ من قانون الولاية على المال حيث تقضى بأنه «يجوز عند الضرورة تعيين أكثر من وصى واحد وفى هذه الحالة لايجوز لأحدهم الانفراد إلا اذا كانت المحكمة قد بينت إختصاصاً لكل منهم فى قرار تعينه أو فى قرار لاحق ومع ذلك لكل من الأوصياء إتخاذ الاجراءات الضرورية أو المستعجلة أو المتمخضة لنفع القاصر».

«وعند الاختلاف بين الأوصياء يرفع الأمر إلى المحكمة لتأمر بما يتبع».

ب- أحكام الوصاية:

والوقوف على أحكام الوصاية يجب علينا التعرض أول لقيام هذه الوصاية وحدودها، أى من حيث ما تعطيه من سلطات وما تفرضه على الوصى من التزامات، ثم نعرض بعد ذلك لانتهاء الوصاية لنقف على أسباب انتهاء الوصاية ولعزل ووقف الوصى، ثم نعقب ذلك كله بالكلام عن آثار انتهاء الوصاية.

(١) قيام الوصاية وحدودها:

فى هذا الصدد يجب أن نقف أولاً على سلطات الوصى، ثم نتعرف فى المقابل على الإلتزامات المفروضة عليه:

(أ) سلطات الوصي:

حدد القانون سلطات الوصى وبين أنه لايمكن مباشرتها إلا بإذن من المحكمة. ولجأ المشرع إلى الأسلوب السردى ليكون أكثر وضوحاً فى مجال لايحتمل اللبس أو الغموض.

نصت المادة ٣٨ من قانون الولاية على المال على أنه «لايجوز للوصى التبرع بمال القاصر إلا لأداء واجب إنسانى أو عائلى وبإذن من المحكمة».

وتنص المادة ٣٩ من نفس القانون على أنه «لايجوز لوصى مباشرة التصرفات الآتية إلا بإذن من المحكمة:

(أولاً): جميع التصرفات التى من شأنها إنشاء حق من الحقوق العينية العقارية الأصلية أو التبعية أو نقله أو تغييره أو زواله. وكذلك جميع التصرفات المقررة لحق من الحقوق المذكورة».

(ثانياً) التصرفات فى المنقولات أو الحقوق الشخصية أو الأوراق المالية فيما عدا ما يدخل فى أعمال الإدارة.

(ثالثاً) الصلح والتحكيم إلا فيما قل عن مائة جنيه مما يتصل بأعمال الإدارة.

(رابعاً) حوالة الحقوق والديون وقبول الحوالة.

(خامساً) استثمار الأموال وتصفيتها.

(سادساً) إقتراض المال وإقراضه.

(سابعاً) إيجار عقار القاصر لمدة أكثر من ثلاث سنوات فى الأراضى الزراعية ولمدة أكثر من سنة فى المبانى.

(ثامناً) إيجار عقار القاصر لمدة تمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد لأكثر من سنة.

(تاسعاً) قبول التبرعات المقترنة بشرط أو رفضها.

(عاشراً) الانفاق من مال القاصر على من تجب عليه نفقتهم إلا اذا كانت النفقة مقضيا بها بحكم واجب النفاذ.

(حادى عشر) الوفاء الاختيارى بالإلتزامات التى تكون على التركة أو على القاصر.

(ثانى عشر) رفع الدعاوى إلا ما يكون فى تأخير رفعه ضرر بالقاصر أو ضياع حق له.

(ثالث عشر) التنازل عن الحقوق والدعاوى وقبول الأحكام القابلة للطعون العادية والتنازل عن هذه الطعون بعد رفعها ورفع الطعون غير العادية فى الأحكام.

(رابع عشر) التنازل عن التأمينات وإضعافها.

(خامس عشر) إيجار الوصى أموال القاصر لنفسه أو لزوجة أو لأحد أقاربهما إلى الدرجة الرابعة أو لمن يكون الوصى نائباً عنه.

(سادس عشر) ما يصرف فى تزويج القاصر.

(سابع عشر) تعلم القاصر إذا احتاج للنفقة والإنفاق اللازم لمباشرة القاصر مهنة صعبة.

- أحكام واجراءات قسمة أموال القاصر:

تنص المادة ٤٠ من قانون الولاية على المال على أنه «على الوصى أن يستأذن المحكمة فى قسمة مال القاصر بالتراضى إذا كانت له مصلحة فى ذلك. فاذا أذنت المحكمة عينت الأسس التى تجرى عليها القسمة والاجراءات الواجبة الاتباع، وعلى الوصى أن يعرض على المحكمة عقد القسمة للتثبت من عدالتها. وللمحكمة فى جميع الأحوال أن تقرر إتخاذ إجراءات القسمة القضائية.

«وفى حالة القسمة القضائية تصدق المحكمة الابتدائية التى تتبعها محكمة القسمة على قسمة الأموال إلى حصص».

«ولهذه المحكمة عند الاقتضاء أن تدعو الخصوم لسماع أقوالهم فى جلسة تحدد لذلك».

واذا رفضت التصديق تعين عليها أن تقسم الأموال إلى حصص على الأسس التى تراها صالحة بعد دعوة الخصوم».

«ويقوم مقام التصديق الحكم الذى تصدره المحكمة بوصفها محكمة استئنافية بتكوين الحصص»[1].

وتنص المادة ٤١ من قانون الولاية على المال على أنه «إذا رفعت دعوى على القاصر أو المحجور عليه أو الغائب من وارث آخر جاز للمحكمة بناء على طلب من ينوب عنه أو بناء على طلب النيابة العامة أن توقف القسمة مدة لا تجاوز خمس سنوات إذا ثبت لها أن فى التعجيل بها ضرراً جسيماً».

ب- واجبات الوصي:

أحاط المشرع الوصاية بمجموعة من الأحكام الهدف النهائى منها هو حماية الصغير وصيانة أمواله. فبعد أن حدد بالتفصيل سلطات الوصى وحدودها وقيودها بين أيضاً ما يقع على عاتقه من واجبات فى سبيل توفير الحماية اللازمة لأموال الصغير. وسنعرض الآن للواجبات المقررة فى قانون الولاية على المال على الوصى.

– **الإلتزام الرئيسي للوصي يتمثل في أن** «يتسلم الوصى أموال القاصر ويقوم على رعايتها وعليه أن يبذل فى ذلك من العناية ما يطلب من الوكيل المأجور وفقاً لأحكام القانون المدنى» (م ٣٦ من قانون الولاية على المال).

– كما أن «للمحكمة أن تلزم الوصى بتقديم تأمينات بالقيمة التى تراها وتكون مصروفات تقديم هذه التأمينات على حساب القاصر» (م ٣٧ من قانون الولاية على المال).

– ويجب على الوصى أن يعرض على المحكمة بغير تأخر ما يرفع على القاصر من دعاوى وما يتخذ قبله من إجراءات التنفيذ وأن يتبع فى شأنها ما تأمر به المحكمة» (م ٤٢ من نفس القانون).

– و «على الوصى أن يودع باسم القاصر إحدى خزائن المحكمة أو أحد المصارف حسبما تشير به المحكمة كل ما يحصله من نقود بعد إستبعاد النفقة المقررة والمبلغ الذى تقدره المحكمة إجماليا لحساب مصروفات الإدارة وذلك

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك. نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، دار المعرفة الجامعية، ١٩٩٩، ص ١٥١ وما بعدها.

خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ تسلمه، كما «لايجوز أن يسحب شيئاً من المال المودع إلا بإذن من المحكمة».

- و «على الوصى أن يقدم حساباً مؤيداً بالمستندات عن إدارته قبل أو يناير من كل سنة» «ويعفى الوصى عن تقديم الحساب السنوى إذا كانت أموال القاصر لا تزيد على خمسمائة جنيه ما لم تر المحكمة غير ذلك» هذا فيما يتعلق بالحساب السنوى، أما فيما يتعلق بالحساب النهائى أو الختامى فنصت الفقرة الأخيرة من المادة ٤٥ على أنه «وفى جميع الأحوال يجب على الوصى الذى يستبدل به غيره أن يقدم حساباً خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إنتهاء وصياته».

(٢) إنتهاء الوصاية:

فى هذا الصدد سنعرض لانتهاء الوصاية ولعزل الوصى، ثم نبين بعد ذلك الآثار المترتبة على إنتهاء الوصاية.

(أ) انتهاء الوصاية ووقف وعزل الوصي:

- **إنتهاء الوصاية:** تنتهى مهمة الوصى لسبب من الأسباب الآتية:

١- بلوغ القاصر إحدى وعشرين سنة إلا إذا تقرر إستمرار الوصاية عليه.

٢- بعودة الولاية للولى.

٣- بعزله أو قبول إستقالته.

٤- بفقد أهليته أو ثبوت غيبته أو موته أو موت القاصر (م ٤٧ من قانون الولاية على المال).

- **وقف وعزل الوصي:**

وقف الوصى: تأمر المحكمة بوقف الوصى فى حالتين:

١- إذا توافرت أسباب جدية تدعو للنظر فى عزله.

٢- إذا قام لديه عارض من العوارض التى تزيل أهليته.

عزل الوصي: يحكم بعزل الوصى فى الحالات الآتية:

١- إذا قام سبب من أسباب عدم الصلاحية للوصاية وفقاً للمادة ٢٧ ولو كان السبب قائماً وقت تعيينه.

٢- إذا أساء الإدارة أو أهمل فيها أو أصبح فى بقائه خطر على مصلحة القاصر.

(ب) آثار إنتهاء الوصاية:

يترتب على إنتهاء الوصاية عدة آثار بالنسبة للوصى نجملها فيما يلى:

- إذا بلغ القاصر سن الرشد أو إذا انتهت الوصاية لأى سبب كان فإنه «على الوصى خلال الثلاثين يوماً التالية لإنتهاء الوصاية أن يسلم الأموال التى فى عهدته بمحضر إلى القاصر متى بلغ سن الرشد أو إلى ورثته أو إلى الولى أو الوصى أو الوصى المؤقت على حسب الأحوال وعليه أن يودع قلم الكتاب فى الميعاد المذكور صورة من الحساب ومحضر تسليم الأموال».

- و «إذا مات الوصى أو حجر عليه أو أعتبر غائباً التزم ورثته أو من ينوب عنه على حسب الأحوال تسليم أموال القاصر وتقديم الحساب».

- وحماية للقاصر من كل تأثير يقع عليه من الوصى بعد إنتهاء الوصاية قرر المشرع أن «يكون قابلاً للإبطال كل تعهد أو مخالصة تصدر لمصلحة الوصى ممن كان فى وصايته وبلغ سن الرشد إذا صدرت المخالصة أو التعهد خلال سنة من تاريخ تقديم الحساب المشار إليه فى المادة ٤٥».

- ولتصفية الأوضاع بصفة نهائية فيما بين الوصى والقاصر نص المشرع عل تقادم قصير للدعاوى التى يرفعها القاصر على وصية فقرر المشرع أن «كل دعوى للقاصر على وصية أو للمحجور عليه على قيمة تكون متعلقة بأمور الوصاية أو القوامة تسقط بمضي خمس سنوات من تاريخ بلوغ القاصر سن الرشد أو رفع الحجر أو موت القاصر أو المحجور عليه» «ومع ذلك فإن إنتهت الوصاية أو القوامة بعزل أو بالاستقالة أو الموت فلا تبدأ مدة التقادم المذكورة إلا من تاريخ تقديم الحساب الخاص بالوصاية أو القوامة».

ب- الولاية علي مال المحجور عليه:

- **القوامة**: القوامة نوع من الولاية بالمعنى الواسع. ووسيلتها النيابة القانونية، وسببها قيام عارض من عوارض الأهلية، سواء كان من العوارض المعدمة

للأهلية أو المنقصة لها، كالجنون والعته والسفه والغفلة. فى هذه الحالات تقيم المحكمة على من يحجر عليه منهم قيماً لإدارة أمواله.

تنص المادة ٦٥ من قانون الولاية على المال على أن «يحكم بالحجر على البالغ للجنون أو للعتة أوللسفة أوللغفلة ولا يرفع الحجر إلا بحكم وتقيم المحكمة على من يحجر عليه قيماً لإدارة أمواله وفقاً للأحكام المقررة فى هذا القانون».

وتكون القوامة للابن البالغ ثم للأب ثم للجد ثم لمن تختاره المحكمة (م ٦٨). ويشترط فى القيم ما يشترط فى الوصى وفقاً للمادة ٢٧ ومع ذلك لا يحول قيام أحد السببين المنصوص عليهما فى البندين ١، ٤ من المادة المذكورة دون تعيين الأبن أو الأب أو الجد إذا رأت المحكمة مصلحة فى ذلك.

ويسرى على القوامة الأحكام المقررة فى شأن الوصاية على القصر ويسرى على القوامة الأحكام المقررة فى شأن الأوصياء. (م ٧٨)،

– المشرف: يجوز تعيين مشرف مع الوصى ولو كان مختاراً وكذلك مع القيم والوكيل عن الغائب (م ٨٠).

«ويراقب المشرف النائب عن عديم الأهلية أو الوكيل عن الغائب فى إدارته وعليه إبلاغ المحكمة أو النيابة بكل أمر تقتضى المصلحة رفعه إليهما (م ٨١).

فى مقابل ذلك فإنه «على النائب أو الوكيل إجابة المشرفين إلى كل ما يطلبه من إيضاح عن إدارة الأموال وتمكينه من فحص الأوراق والمستندات الخاصة بهذه الأموال».

ويجب على المشرف إذا خلا مكان النائب أو الوكيل أن يطلب إلى المحكمة إقامة النائب أو وكيل جديد وإلى أن يباشر هذا عمله يقوم المشرف من تلقاء نفسه بالأعمال التى يكون فى تأجيلها ضرر (م ٨١).

ويسرى على المشرف فيما يتعلق بتعيينه وعزله وقبول استقاله وأجره عن أعماله ومسئولياته عن تقصيره ما يسرى من أحكام على النائب أو الوكيل على حسب الأحوال. (م ٨٢).

وتقرر المحكمة إنتهاء الإشراف إذا رأت زوال داعيه (م ٨٣).

المبحث الثاني

الشخص المعنوي أو الشخص الاعتباري

فكرة الشخص الاعتباري وأهميته:

لما كان الإنسان جهده محدود، وعمره موقوت، ولما كانت هناك من الأغراض ما يعجز الإنسان عن تحقيقها بمفرده، بل قد تحتاج إلى تضافر الجهود، أو إلى كثرة من الأموال لا يقوى عليها الإنسان الفرد. كما أن لايوجد تلازم بين الشخصية وبين الصفة الإنسانية، بدليل أنه قديماً لم يكن للأرقاء شخصية رغم أنهم من بنى الإنسان. وقد سبق أن رأينا أنه يراد بالشخصية القانونية مجرد الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات، وهذه الصلاحية ترتهن بوجود كائن متميز ذى قيمة اجتماعية معينة تجعله أهلاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات.

وعلى ذلك لم تعد الشخصية القانونية قاصرة على الأشخاص الطبيعيين بل وجدت شخصيات أخرى تقوم بنشاط قانونى تنشأ عن اجتماع جماعة من الأشخاص الطبيعيين أو من تخصيص مجموعة من الأموال لتحقيق غرض معين ويكون لها كيانها المستقل عن شخصية الأفراد المكونين لها، وعن شخصية من قام بتخصيص الأموال(١). ويطلق على هذا النوع من الأشخاص

---

(١) انظر:

L. Michoud, La théorie de la perssonnalité morale et son application au droit françai‍s. 2. . vol. 3 e èd par Tratabas, 1932, P. Durand, L'évolution de la condition juridique des personnes morales de droit privé, Mélanges Ripert, t. 1, p. 138 et s.,

J. P. Gastoud, Personnalité morale et droit Suljectif, 1977,

R. Martin, La personne et sujet de droit, Rev, trim. dr. civ. 1981. 785, J. Pellerin, La Personnalité morale et la forme des groupements volontaires de droit privé Rev. trim. dr. com. 1981, 471, J. P. Gridel, La personne moral en droit français, R.I. D. C. 1990, 495. N. El. Fadel Raad, L'abus de la personnalité moral en droit privé, L.G.D.J. Droit privé, t. 214, 1991.

وانظر فى عرض تفصيلى لطبيعة الشخصية الاعتبارية، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٠٦، ٥٧٩، ومابعدها.

اسم الأشخاص القانونية كما يطلق عليها كذلك اسم الأشخاص المعنوية والاعتبارية.

فالشخص الاعتباري مجموعة من الأشخاص أو الأموال يرمى إلى تحقيق غرض معين ويمنح الشخصية القانونية بالقدر اللازم لتحقيق هذا الغرض ومن هذا نستطيع أن نتبين ما يأتى:

١ - أن الشخص الاعتبارى مجموعة من الأشخاص أو الأموال. فقد تتكون جماعة من الأشخاص لتحقيق غرض معين، فيعترف لها القانون بالشخصية وتكون لها حياة مستقلة عن حياة الأفراد المكونين لها، وقد تخصص مجموعة من الأموال لغرض من أغراض البر أو المنفعة كالمستشفيات والملاجئ والمعاهد العلمية وهو ما يطلق عليها المؤسسات، وإذا ما اعترف لها بالشخصية القانونية فإنها تستقل عن شخصية مؤسسيها، وتبقى مجموعة الأموال متمعة بهذه الشخصية رغم فناء أصحابه.

٢ - أن الشخص الاعتبارى يقوم لتحقيق هدف معين مستقل عن الأهداف الخاصة للأفراد المكونين له. وباختلاف هذا الهدف لدى الأشخاص الاعتبارية تختلف أنواعها فإذا كان الهدف عاماً يشترك الشخص الاعتبارى بنصيب فى السلطة العامة كان من أشخاص القانون العام. أما إذا كان الهدف خاصاً يحقق الصالح الخاص كان من أشخاص القانون الخاص.

٣ - أن الشخص الاعتبارى لا يمنح من الشخصية القانونية إلا بقدر ما يلزم لتحقيق أهدافه، ومعنى ذلك أن نشاطه القانونى ينبغى أن يتحدد بالحدود التى أنشئ من أجلها. فلا يجوز لجمعية أن تدخل فى مضاربات مالية كما لايجوز لمؤسسة من المؤسسات، كمستشفى مثلاً أن تؤجر بعض غرفها للنوم كالفنادق.

وينبغى لدراسة الشخصية الاعتبارية أن نتبع نفس الخطة التى اتبعناها فى دراسة الشخص الطبيعى فندرس أولاً مدة الشخصية الاعتبارية ثم بعد ذلك ندرس مميزات أو سمات الشخصية الاعتبارية، ونتعرف على نطاق الشخصية

الاعتبارية وكيفية مباشرتها ونضيف أخيراً، وهذا خاص فقط بالشخصية الاعتبارية أنواع الأشخاص الاعتبارية.

المطلب الأول

مدة الشخصية الاعتبارية

ونتكلم فى هذا الصدد عن بداية الشخصية الاعتبارية وانتهائها، لنتعرف على الشروط الواجب توافرها لقيام الشخصية الاعتبارية، والأسباب التى تؤدى إلى انتهائها.

أ - بداية الشخصية الاعتبارية:

لا يدخل الكائن الاجتماعى فى نطاق الحياة القانونية ولا يكتسب الشخصية القانونية إلا باعتراف المشرع به، سواء كان اعترافاً عاماً أو اعترافاً خاصاً. وهذا الاعتراف يشكل الوسيلة التى يتحقق عن طريقها المشرع من توافر القيمة الاجتماعية للكائن الاجتماعى وذلك بالتحقق من هدفه وقدره فى ميزان القيم الاجتماعية ومدى حاجته إلى حياة قانونية مستقلة تكفل تحقيقه[1]. وقد تبنى المشرع المصرى طريقتى الاعتراف العام والاعتراف الخاص فما هو المقصود بكل منهما؟.

١ - الاعتراف العام:

ومقتضى الاعتراف العام أن يضع المشرع مسبقاً شروطاً عامة، إذا توافرت فى جماعة من الأشخاص أو مجموعة من الأموال اكتسبت هذه الجماعة أو تلك المجموعة الشخصية المعنوية بقوة القانون، دون حاجة إلى إذن خاص من جانب شرع بصدد كل جماعة أو مجموعة منها على حدة.

فالقاعدة أن الشخص الاعتبارى ينشأ، متى كان من الأشخاص الواردة فى

---

[1] انظر :
- F. Benac - Schmidt, Essai sur la notion d'"être morale nouveau". Rflexions sur son aspects fiscal. D. 1992 chr. 37.

المادة ٥٢ مدنى منذ تكوينه وبقوة القانون دون حاجة إلى ترخيص خاص بذلك، وهذه الأشخاص التى أوردها المشرع فى نص المادة ٥٢ مدنى هى الجمعيات والشركات تجارية كانت أو مدنية، والأوقاف والمؤسسات والدولة وكذلك المديريات والمدن والقرى[1].

٢ - الاعتراف الخاص:

يخص فقط الهيئات التى لا تندرج تحت واحد من الأشخاص التى ذكرها القانون فإذا كان هناك جماعة أشخاص أو مجموعة أموال لا تدخل فى التعداد الوارد فى نص المادة ٥٢ مدنى فإنها لا تعتبر شخصاً معنوياً، وإنما يلزم لاكتسابها الشخصية القانونية صدور اعتراف خاص من المشرع بخصوص كل حالة على حدة. ومثال ذلك اعتراف المشرع فى قوانين خاصة بالشخصية الاعتبارية لمؤسسة أبنية التعليم، واللجنة العليا للإصلاح الزراعى.

وهذا النوع من الاعتراف يمكن المشرع من مواجهة ما قد يجد فى المستقبل من جماعات أشخاص أو مجموعات أموال لا تدخل فى أحد الأشكال التى حددها القانون على سبيل الحصر، وتقتضى الضرورة والمصلحة الاعتراف لها بالشخصية القانونية.

- وعلي ذلك يبدو الفارق واضحاً بين الاعتراف العام والاعتراف الخاص:

ففى الاعتراف العام تضع الدولة شروطاً عامة إذا توافرت فى جماعة لأشخاص أو فى مجموعة الأموال قامت الشخصية الاعتبارية. والشخصية فى هذه الحالة تثبت بمجرد تحقق الشروط دون تدخل لاحق من الدولة، اللهم إلا ما يتعلق بدورها فى مراقبة الشروط المطلوبة، أما فى الاعتراف الخاص فإن الدولة تتدخل للاعتراف بالشخصية فى كل حالة على حدة وترخص فى قيامها ترخيصاً خاصاً. وفى هذه الحالة لا تبدأ الشخصية، من حيث الأصل إلا

---

(١) انظر توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٤٣٥ ص ٧٥٤ وهذا ما سلكه أيضاً القانون السورى (م٥٤ مدنى) والعراقى (م ٤٧ مدنى) والأردنى (م ٥٠) والجزائرى (م ٤٩ ومابعدها).

من تاريخ القرار الذى يصدر من الدولة «أو إحدى سلطاتها» بالاعتراف بالشخصية لا من تاريخ تكوينها (١).

---

(١) بالنسبة للمجموعات التى لم يذكرها المشرع أو المجموعات التى كان وجودها نفسه غير متوقع من جانب المشرع، تثور الصعوبة بصددها عندما تلجأ هذه المجموعات إلى التقاضى أو عندما تدعى أن لها ذمة مالية. قد ثارت هذه المشكلة فى فرنسا أولاً بالنسبة للشركات المدنية، وذلك قبل قانون ٤ يناير ١٩٧٨، وقد اعترف القضاء الفرنسى لها بالشخصية الاعتبارية على أساس تفسير نصوص التقنين المدنى والقول بأن هناك ترخيص ضمنى بها من جانب القانون انظر: Req. 23 fé v. 1891, D. 1891, I. 337; S. 1891. I, 73 وبالنسبة إلى les comités d'établissement أكدت محكمة النقض على أن الشخصية المدنية ليست من خلق القانون ولكن تثبت من حيث المبدأ لكل مجموعة لها إمكانية التعبير الجماعى للدفاع عن مصالح مشروعة Civ. 2e. 28 janv. 1954, D. 1954, 217, note G. Levasseur وحديثاً أخذت الدائرة الاجتماعية لمحكمة النقض نفس الأسباب لتعترف بالشخصية الاعتبارية للجان الصحة والأمن (les comités d'hygiène et (Soc. de securité 17 avril. 1991) المنصوص عليها فى المواد L. 236 - 1et s.

بالنسبة للفقه فقد اعتبر أن القضاء قد تبنى نظرية الشخصية الحقيقية للأشخاص المعنوية. وطبقاً لهذه النظرية الشخصية المعنوية ليست مجازاً (نظرية الشخصية الافتراضية) وإنما - شئنا أم أبينا - تعتبر حقيقة واقعة. النتائج العملية المترتبة على كل من النظريتين مختلفة، فإذا كانت الشخصية المعنوية فإنها لا يمكن أن تنشأ إلا من اعتراف القانون بها، أما إذا كانت حقيقة واقعة فإنه يكفى التحقق من وجودها (وبصفة عامة هذه الحقيقة تكمن فى القيام بمصالح جماعية مختلفة عن مصالح الأفراد المكونين لها، وتنظيم جماعى بغرض الدفاع عن هذه المصالح. انظر: Ph. Malinvaud, op. cit., no. 92, p. 93 et s.

وفى هذا المعنى قرر المجلس الدستورى أن اكتساب الأهلية القانونية للجمعيات لايمكن أن يخضع لرقابة سابقة من جانب السلطة الإدارية أو القضائية للتحقق من مطابقتها للقانون Cons. constit. 16 Juill 1971, D. 1971, 685 على العكس من ذلك لم يعترف القانون (م ١٨٧١ / ١ مدنى فرنسى) بالشخصية المعنوية لشركات المحاصة Sociétés en participation - وهى بالأحرى مجموعات "groupements" - تتم بمجرد الاتفاق المؤقت والسرى بين عدد من التجار أو المؤسسات بغرض القيام على وجه أفضل بعملية أو عدة عملات تجارية محتملة.

على ضوء ذلك لنا أن نتساءل ألا يمكن، فى ظل عدم النص، أن نعترف بالشخصية المعنوية لبعض جماعات الأشخاص (العائلة) أو لبعض مجموعات الأموال المكونة لوحدة اقتصادية (المؤسسة، المحل التجارى، الاستغلال الزراعى). القضاء لم يعترف بذلك أبداً، فى الواقع يمكن تحقيق نفس النتيجة (فيما عدا العائلة) عن طريق إنشاء شركة ذات شخص واحد وذات مسؤولية محدودة طبقاً لقانون ١١ يوليو ١٩٨٥، لكن إلى يومنا هذا مازالت المؤسسة الفردية ليست إلا فكرة اقتصادية ولكى تساهم فى الحياة القانونية لابد أن تأخذ شكل الشركة Ph. Malinvaud, op. cit., no 93, p. 95.

ب - انتهاء الشخصية الاعتبارية:

ينتهي الشخص الاعتباري بانتهاء الأجل المحدد له إذا ما تحدد في السند المنشئ له، كما ينتهي بتحقيق الغرض الذي أنشئ من أجله، أو إذا أصبح من المستحيل تحقيق هذا الغرض.

كما ينتهي بالحل أو سحب الاعتراف به، والحل قد يكون اختيارياً باتفاق الأفراد المكونين له، وقد يكون إجبارياً عن طريق القضاء إذا ما خالف الشخص الاعتباري القانون أو النظام العام أو الآداب، أو إذا وجد مسوغ خطير يبرر ذلك. وقد يكون الحل عن طريق المشرع، كما في حالة تأميم مشروع من المشروعات مثلاً، كما هو الحال في إلغاء الأوقاف الأهلية. أما سحب الاعتراف أو الترخيص بالشخص الاعتباري فإنه طريق آخر ينتهي به الشخص متى كان الاعتراف سبباً لوجوده، وبشرط أن يكون ذلك ممكناً.

وقد يحدث أن تمتد الشخصية الاعتبارية خلال مدة معينة إلى ما بعد الحل حتى يمكن تصفية ذمتها. وتبقى الشخصية بالقدر اللازم للتصفية. وبانتهاء الشخص الاعتباري تصفى ذمته المالية فتسدد ديونه من أمواله، ويوزع الباقي منها وفقاً لما يقرره سند إنشائه، أو وفقاً لما يقضي به قرار الحل. كل هذا مع مراعاة ما قد يقرره القانون في هذا الصدد.

المطلب الثاني

مميزات أو سمات الشخصية الاعتبارية

إذا نشأ الشخص الاعتباري وثبت له الشخصية القانونية أصبح صالحاً لاكتساب الحقوق والتحمل بالواجبات، كما هو الشأن بالنسبة للشخص الطبيعي، مع مراعاة ما هنالك من فوارق بينهما، من حيث طبيعة كل منهما وتكوينه. ولذلك فإن الشخص الاعتباري يتميز، كما يُتميز الشخص الطبيعي بحالة واسم وموطن.

أولاً : الحالة - الجنسية:

بديهي أنه ليس للشخص الاعتباري حالة مدنية لاستحالة أن تكون له أسرة، كما أنه ليس له دين ومن هنا تبرز الفروق الجوهرية بين الشخص

الطبيعي والاعتبارى، وكل ما يخص حالة الشخص الاعتبارى يتعلق بحالته السياسية أو بالجنسية.

وجنسية الشخص الاعتبارى تنصرف إلى وجود رابطة تبعية بينه وبين دولة معينة يخضع لقانونها، وهى مستقلة عن جنسية الأشخاص المكونين له.

ويختلف معيار تحديد جنسية الشخص الاعتبارى باختلاف التشريعات التى تحكم الأشخاص الاعتبارية المختلفة. ففى القانون المصرى مثلاً قد أخذ المشرع بمعيار مزدوج وهو التأسيس فى مصر بالإضافة إلى اتخاذ مركز الإدارة الرئيسى فيها حتى يعترف بالجنسية المصرية للشركات المساهمة وشركات التوصية وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة وقد اشترط بالإضافة إلى ذلك مساهمة المصريين فى رأس المال بنسبة لا تقل عن ٤٩ ٪ عند التأسيس أو عند زيادة رأس المال.

- أما بالنسبة للجميعات والمؤسسات الخاصة وغير ذلك فإنها تعتبر مصرية إذا نشأت طبقاً للقانون واتخذت مركزها فى مصر.

ثانياً: الاسم:

يشترط القانون أن يتخذ كل شخص اعتبارى اسم يميزه عن غيره ويتعين أن يختار المؤسسون الاسم عند إنشائه، وينص عليه فى السند المنشئ[1]، ويترتب على إغفال الاسم عدم الاعتراف بالشخصية القانونية للشخص الاعتبارى. ويستمد الاسم عادة من الغرض الذى أنشئ الشخص من أجله، مثل شركة المنسوجات المصرية، أو جمعية الإسعاف. كما أنه قد يكون اسم الشخص الاعتبارى اسم أحد الشركاء مع إضافة عبارة «وشركاه» للدلالة على شخصية الشركة المستقلة عن شخصية الشركاء.

ويقرر القانون لاسم الشخص الاعتبارى ذات الحماية التى قررها لاسم الشخص الطبيعى بحيث يجوز لممثله طلب وقف أى اعتداء، مع التعويض عما

---

(1) M. Dagat. Le nom des personnes morales. J. C. P. 92. I. 3579. R. Plaisant. Les dénominations des associations. Gaz. Pal. 1982. I. Doctr. 34.

يكون قد لحقه من ضرر. مثال ذلك المنافسة غير المشروعة عن طريق استعمال العلامة أو الاسم التجارى[1].

وقد يكون اسم الشخص الاعتبارى اسماً تجارياً. ولذلك يصح التعامل فيه والنزول عنه لأن له قيمة مالية، كما هو الشأن مثلاً بالنسبة للشركات التجارية وذلك بخلاف الحال بالنسبة للجمعيات أو المؤسسات، حيث إن حقها على الاسم حق أدبى لايجوز التعامل فيه[2].

ثالثاً: الموطن:

للشخص الاعتبارى موطن خاص به مستقل عن موطن الأشخاص المكونين له. ويعتبر الموطن المقر المعتبر قانوناً فى مخاطبة الشخص الاعتبارى فيما يتعل بنشاطه القانونى. ويتحدد موطن الشخص الاعتبارى - فى القانون المصرى - بالمكان الذى يوجد فيه مركز إدارته الرئيسى، وهو مركز النشاط القانونى والمالى والإدارى، وهذا المركز لايتطابق بالضرورة مع مركز الاستغلال أى مكان مباشرة النشاط. ويتحدد مركز إدارة الشخص الاعتبارى عادة فى نظامه الأساسى. وقد استلزم القانون ذلك بالنسبة للجمعيات، وجعله من البيانات الواجبة فى نظام الجمعية كما نص عليه بالنسبة للمؤسسات.

أما بالنسبة للشركات التى يكون مركزها الرئيسى فى الخارج ولها نشاط فى مصر فقد قرر المشرع أن مركز إدارتها بالنسبة إلى القانون الداخلى هو المكان الذى توجد فيه الإدارة المحلية (م ٥٣ / د مدنى مصرى). كما أنه بالنسبة للشركات التى تباشر نشاطها فى أماكن متعددة يجوز اعتبار المكان الذى يوجد فيه الفرع موطناً خاصاً بكل الأعمال المتعلقة به. وهذا ما نص عليه القانون السورى (م ٥٥)، والعراقى (م ٤٨)، والأردنى (م ٥١)، والكويتى (م ٢١).

---

(1) D. Lamethe, conflits entre dénominations de sociétés. Rev. trim. dr. com. 1987, 67.

(2) X. Desjeux, le nom commercial. De quelques problémes juridiques: Gaz. Pal. 1979, 2. doctr. 614.

المطلب الثالث

نطاق الشخصية الاعتبارية ومباشرتها

وفى هذا الصدد تبرز الفروق الجوهرية بين الشخص الاعتبارى والشخص الطبيعى ونتبع فى هذا الصدد نفس طريقة العرض المتبعة فى دراسة الشخص الطبيعى نعرض لنطاق الشخصية ثم بعد ذلك لكيفية مباشرتها.

أولا : نطاق الشخصية:

وندرس فى هذا الشأن أهلية الوجوب للشخص الاعتبارى ثم نعقب ذلك بدراسة الذمة المالية للشخص الاعتبارى.

١ - أهلية الوجوب:

نجد أن الشخص الاعتبارى يختلف عن الشخص الطبيعى فى مدى الصلاحية لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات من ناحيتين:

أولا : أن الشخص الاعتبارى ليس إنساناً، لذا لا تثبت له الحقوق اللازمة لصفة الإنسان الطبيعية، ذلك شأن حقوق الأسرة والحقوق المتعلقة بكيان الإنسان المادى والأدبى مثل حق الحياة وحق السلامة الجسدية، وما إلى ذلك من حق المحافظة على السمعة والشرف، كما أن الشخص الاعتبارى لا يتحمل بالالتزامات المرتبطة بالإنسان مثل واجب أداء الخدمة العسكرية.

ثانيا : أن الشخص الاعتبارى لم ينشأ إلا لتحقيق غرض معين، ولذلك فإن أهلية الوجوب بالنسبة له محدودة بحدود هذا الغرض وهذا مايسمى بمبدأ التخصيص.

٢ - الذمة المالية:

للشخص الاعتبارى ذمة مالية. وهذه الذمة مستقلة عن ذمة الأشخاص المكونين له. وبهذا لايكون لدائنى هؤلاء الأشخاص أن يرجعوا بديونهم على الشخص الاعتبارى كما أنه ليس لدائنى الشخص الاعتبارى الرجوع على الأموال الخاصة بالأعضاء للتنفيذ عليها مع مراعاة أنه بالنسبة للشركات المدنية وشركات التضامن والتوصية يكون كل الشركاء فيها أو بعضهم مسؤولين عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة. وهذا لايعنى اختلاط ذمة الشخص

الاعتبارى مع ذمم الشركاء، وإنما كل ما هنالك أن الشركاء يضعون ذممهم المستقلة لضمان الوفاء بديون الشركة وذلك كضمان إضافي لدائنى الشركة.

ويستتبع استقلال ذمة الشخص الاعتبارى عن ذمة الأشخاص المكونين له أن يجوز مقاضاته، كما يجوز له أن يقاضى، أى أن يرفع الدعاوى عن طريق ممثليه كما ترفع عليه وتنصرف الآثار المترتبة على هذه الدعاوى إلى ذمته الخاصة.

ثانياً: مباشرة الشخصية الاعتبارية:

١ - أهلية الأداء:

حيث إن مناط أهلية الأداء هو التمييز والإرادة وهو ما لا يتوافر بالنسبة للشخص الاعتبارى ولهذا كان من اللازم أن يقوم عنه أشخاص طبيعيون بمباشرة نشاطه القانونى ويعملون لحسابه، بحيث تنصرف الآثار القانونية لهذه الأعمال للشخص الاعتبارى مباشرة ولذلك يقرر القانون أن الشخص الاعتبارى يكون له نائب يعبر عن إرادته (م ٣/٥٣ مدنى) يقوم بمباشرة أوجه النشاط القانونى المختلفة الخاصة به ولحسابه[١]. وهذا النائب قد يكون واحداً أو مجموعة من الأفراد وذلك كالمدير ومجلس الإدارة والجمعية العمومية لكل من هؤلاء أن ينوب عن الشخص الاعتبارى فى حدود اختصاصاته التى تثبت لهم فى سند الإنشاء.

٢ - مسؤولية الشخص الاعتباري:

إن الشخص الاعتبارى يتحمل المسؤولية المدنية عن الأخطاء التى يرتكبها ممثلوه بسبب أو بمناسبة ممارسة النشاط لحساب الشخص الاعتبارى وفى حدود اختصاصاتهم بمقتضى تمثيلهم له فى هذا النشاط. كما أن المسؤولية الجنائية للشخص الاعتبارى تنعقد عما يرتكبه ممثلوه من جرائم بسبب أو بمناسبة توليهم

---

(١) وقد تعددت النظريات فى تكييف مركز الأشخاص الطبيعيين الذين يمثلون الشخص الاعتبارى، فهناك نظرية الوكالة ونظرية النيابة القانونية ونظرية العضوية، ولم تسلم أى من هذه النظريات من النقد. انظر فى تفصيل ذلك حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٢١ ص ٦١٤ ومابعدها؛ توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٤٤٢ ص ٧٧٠؛ جلال العدوى، المرجع السابق، فقرة ٣١٨، ص ١٨٠ وهو يؤيد نظرية النيابة ص ١٨١.

عنه نشاطه والعقوبات التى يتحمل بها الشخص الاعتبارى نتيجة مسؤليته الجنائية فلا بد وأن تتفق مع طبيعته كعقوبة الغرامة والمصادرة والوقف والحل والإغلاق[1].

المطلب الرابع

أنواع الشخصية الاعتبارية

تمهيد:

أنه يصعب إلى حد بعيد إجراء تصنيف أو تقسيم قاطع للأشخاص المعنوية. وهذا يرجع إلى أن القانون قد يمنح إلى جانب الأشخاص الاعتبارية المعروفة، الشخصية المعنوية لأعضاء جدد يقوم بإنشائهم استجابة لاعتبارات معينة (ففى فرنسا مثلاً يمنح القانون الشخصية المعنوية للجنة المؤسسة Comité d'entreprise). علاوة على ذلك القضاء قد يضفى الشخصية المعنوية على مجموعات منظمة (كلجنة المنشأة كما سبق أن رأينا) بعيداً عن كل مؤشر تشريعى.

وقد جرى العرف في الفقه على تقسيم الأشخاص الاعتبارية إلى أشخاص اعتبارية عامة وأشخاص اعتبارية خاصة، وهذا طبقاً لتقسيم القانون إلى قانون عام وقانون خاص. لكن هذا التقسيم، فى الواقع، ليس حاسماً حيث أنه توجد أنواع معينة من الأشخاص الاعتبارية التى تقع على الحدود بين الطائفتين.

ولنعرض لذلك بشئ من التفصيل.

أولاً : الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة:

تنص المادة ٥٢ مدنى مصرى على أن «الأشخاص الاعتبارية هى:

١ - الدولة، وكذلك المديريات والمدن والقرى بالشروط التى يحددها القانون، والإدارات والمصالح وغيرها من المنشآت العامة التى يمنحها القانون شخصية اعتبارية.

---

(١) انظر حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٢٣ ص ٦١٩ ومابعدها.

٢ - هذه الجماعة تتميز بطابع الاستمرار فى تنظيمها، وهذا لايعنى أن تكون مؤبدة فقد تكون لمدة معينة كما قد تكون لمدة غير معينة.

٣ - أهم ما يميز هذه الجماعة أنها لا تهدف من وراء تكوينها إلى تحقيق ربح مادى وهذا يعتبر الخط الفاصل بين الجمعية والشركة. ويستوى أن يكون غرض الجمعية خيرى أو علمى أو ثقافى أو اجتماعى أو رياضى أو مهنى أو غير ذلك. كما أنه يجوز للجمعية أن تعمل فى أكثر من ميدان من هذه الميادين.

- وبالرغم من أن القانون الجديد قد أكد هذا المعنى بوضوح إلا أنه حرص كل الحرص على أن يحدد ميادين النشاط المحظور على الجمعيات ممارستها. فنجد نص المادة ١١ من هذا القانون يقول «تعمل الجمعيات على تحقيق أغراضها فى الميادين المختلفة لتنمية المجتمع وفقاً للقواعد والإجراءات التى يحددها القانون واللائحة التنفيذية.

ويجوز للجمعية - بعد أخذ رأى الاتحادات المختصة وموافقة الجهة الإدارية - أن تعمل فى أكثر من ميدان.

يحظر إنشاء الجمعيات السرية، كما يحظر أن يكون من بين أغراض الجمعية أن تمارس نشاطاً مما يأتى:

١ - تكوين السرايا أو التشكيلات العسكرية أو ذات الطابع العسكرى.

٢ - تهديد الوحدة الوطنية أو مخالفة النظام العام أو الآداب أو الدعوة إلى التمييز بين المواطنين بسبب الجنس أو الأصل أو اللون أو اللغة أو الدين أو العقيدة.

٣ - أى نشاط سياسى أو ثقافى تقتصر ممارسته على الأحزاب السياسية والنقابات.

٤ - استهداف تحقيق ربح أو ممارسة نشاط ينصرف إلى ذلك، ولا يعد اتباع الضوابط التجارية لتحقيق ناتج يساهم فى تحقيق أغراض الجمعية نشاطاً مخالفاً.

ونص القانون الجديد على عقوبات جنائية عند مخالفة نص المادة ١١ من القانون فنصت المادة ٧٥ من القانون الجديد على أنه «مع عدم الإخلال بأية

عقوبة أشد منصوص عليها فى قانون العقوبات أو فى أى قانون آخر، يعاقب على الجرائم الواردة فى هذا الباب بالعقوبات التالية:

أولاً : يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على سنة وبغرامة لا تزيد على عشرة آلاف جنيه، كل من أنشأ جمعية سرية أو باشر نشاطاً من الأنشطة المنصوص عليها فى البنود ١ ، ٢ ، ٣ من المادة ١١ من هذا القانون».

«ويحكم فى هاتين الحالتين بحل الجمعية، إذا تمت مباشرة النشاط باسم الجمعية».

٢ - إنشاء الجمعية وتعديلها وحلها:

تنشأ الجمعية عن طريق وضع نظام أساسى لها مكتوب وموقع عليه من المؤسسين. ويجب أن تتخذ لمركز إدارتها مقراً ملائماً فى مصر. ويجوز أن يكون الأعضاء المؤسسين مصريين أو غير مصريين، ولكن لايجوز أن يشترك فى تأسيس الجمعية من صدر ضده حكم نهائى بعقوبة جناية أو بعقوبة مقيدة للحرية فى جنحة مخلة بالشرف أو الأمانة ما لم يكن قد رد إليه اعتباره (م ٢ من القانون الجديد).

وبينت المادة الثالثة من القانون الجديد البيانات التى يجب أن يشتمل عليها النظام الأساسى للجمعية[١]. كما أن المادة الخامسة من القانون بينت الإجراءات والمستندات اللازمة لقيد الجمعية لدى وزارة الشئون الاجتماعية[٢].

---

(١) هذه البيانات تدور حول اسم الجمعية، ونوع وميدان نشاطها، وعنوان مقرها، واسم كل عضو وجنسيته ومهنته ومحل إقامته، وموارد الجمعية وطريقة استغلالها والتصرف فيها، وأجهزة الجمعية التى تمثلها، واختصاصات كل منها وكيفية اختيار أعضائها وأحكام هذه العضوية، ونظام العضوية فى الجمعية وشروطها، وحقوق الأعضاء وواجباتهم، ونظام المراقبة المالية، وقواعد تعديل النظام الأساسى للجمعية وتكوين فروع وأحوال إنقضائها، والجهات التى تؤول إليها أموالها، تحديد المختص بطلب اكتساب الجمعية صفة النفع العام، وتحديد ممثل جماعة المؤسسين فى اتخاذ إجراءات التأسيس.

(٢) وتتطلب هذه المادة أن يكون طلب قيد ملخص النظام الأساسى للجمعية محرراً على النموذج المعد لذلك ويرفق به مستندات معينة تتمثل فى نسختان من النظام الأساسى للجمعية موقعاً عليه من جميع المؤسسين، وإقرار من كل عضو مؤسس متضمناً استيفاء الشروط المنصوص عليها فى المادة ٢ وأن يتضمن الإقرار اسم العضو ولقبه وسنه وجنسيته ومهنته ومحل إقامته، وسند شغل مقر الجمعية.

- ولا تثبت الشخصية الاعتبارية للجمعية إلا بإجراء هذا القيد فى السجل المعد لذلك أو بمضى ستين يوماً من تاريخ قيام ممثل الجمعية بتقديم طلب القيد أيهما أقرب. مع العلم بأن للجهة الإدارية (وزارة الشئون الاجتماعية) أن ترفض طلب القيد خلال الستين يوماً وتخطر بهذا القرار ممثل جماعة المؤسسين بموجب كتاب موصى عليه بعلم الوصول خلال نفس المدة وذلك إذا تبين لها أن من بين أغراض الجمعية نشاطاً مما تحظره المادة ١١ من هذا القانون.

وقد منح القانون لممثل جماعة المؤسسين الطعن فى قرار رفض طلب القيد أمام المحكمة المختصة (محكمة القضاء الإدارى الواقع فى دائرة اختصاصها مركز إدارة الجمعية)[١]، خلال ستين يوماً من تاريخ إخطاره وفق الإجراءات المقررة.

* وعلى وزارة الشئون الاجتماعية اتخاذ إجراءات نشر ملخص النظام الأساسى للجمعية بالوقائع المصرية خلال ستين يوماً من تاريخ ثبوت الشخصية الاعتبارية للجمعية (م ٦ من القانون الجديد).

* وفائدة هذا القيد والنشر أن ييسر الرقابة على الجمعية، كما يمكن الناس من التعرف على وجود الجمعية وعلى نظامها[٢].

---

(١) المادة الثانية من قانون الإصدار وقد كانت المحكمة المختصة فى القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ المحكوم بعدم دستوريته هى المحكمة الابتدائية الواقع فى دائرة اختصاصها مركز إدارة الجمعية (م ٢ من قانون الإصدار).

(٢) فى القانون الفرنسى تم تنظيم الجمعيات بقانون أول يوليو ١٩٠١، وقد أقر مبدأ التكوين الحر للجمعيات. لكن لاكتساب الشخصية الاعتبارية يلزم نشر الجمعية فى المحافظة - La pérfecture. وتكتسب الجمعية شخصية اعتبارية محدودة بالغرض الذى أنشئت من أجله. لكن إذا كان هدفها الوحيد المساعدة، أو الإحسان أو البحث العلمى أو الطبى يمكن أن تقبل الهبات والوصايا بشروط معينة (القانون ٢٣ لسنة ١٩٨٧). ويوجد إلى جانب قانون ١٩٠١ الذى يمثل القواعد العامة للجمعيات، نصوص خاصة صدرت لتنظيم أنواع خاصة من الجمعيات.

– وقد عزز القانون رقابة الجهة الإدارية بأن أعطى لها علاوة على حق رفض طلب القيد حق الاعتراض على ما ترى فيه مخالفة للقانون فى النظام الأساسى للجمعية أو فيما يتعلق بالمؤسسين ولا يحول ذلك دون التزامها بقيد الجمعية فى السجل الخاص بالقيد خلال المدة المبينة فى المادة ٦ من هذا القانون (م ٨).

وعلى الجهة الإدارية إخطار الجمعية بأسباب الاعتراض بكتاب موصى عليه بعلم الوصول. وعلى الجمعية أن تقوم بإزالة أسباب الاعتراض خلال الأجل الذى تحدده الجهة الإدارية. فإذا لم تقم الجمعية بذلك عرضت الجهة الإدارية النزاع على لجنة إدارية ذات اختصاص قضائى أنشأها القانون خصيصاً للنظر فى المنازعات التى تنشأ بين الجمعية والجهة الإدارية[1].

– **تعديل النظام الأساسي**، يتبع فى تعديل النظام الأساسى للجمعية ذات الإجراءات المقررة بالفصل الأول الخاص بتأسيس الجمعية (م ١٠).

– **حل الجمعية**: تنقضى الجمعية بالحل، سواء اختيارياً أو إجبارياً:

---

(١) تنص المادة ٧ من القانون الجديد على أن «تنشأ فى نطاق كل محافظة لجنة أو أكثر يصدر بتشكيلها سنوياً قرار من وزير العدل برئاسة مستشار – على الأقل – بمحاكم الاستئناف ترشحه الجمعية العمومية للمحكمة، وعضوية كل من:

١ – ممثل للجهة الإدارية يرشحه وزير الشئون الاجتماعية.

٢ – ممثل للاتحاد الإقليمى يرشحه مجلس إدارة الاتحاد العام للجمعيات ويضم إلى عضوية اللجنة ممثل للجمعية المعنية الطرف فى المنازعة ترشحه جمعيتها العمومية أو مجلس إدارتها.

وتختص اللجنة بفحص المنازعات التى قد تنشأ بين الجمعية والجهة الإدارية. ولا يصح انعقاد اللجنة إلا بحضور رئيسها وممثل عن كل من طرفى النزاع، وتصدر قرارها خلال ستين يوماً من تاريخ عرض النزاع عليها وذلك بأغلبية الأصوات. وعندالتساوى يرجح الجانب الذى منه الرئيس. وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون القواعد والإجراءات الأخرى لسير العمل فى اللجنة. ولا تقبل الدعوى بشأن النزاع لدى المحكمة المختصة، إلا بعد صدور قرار فيه من اللجنة. أو بعد انقضاء المدة المنصوص عليها فى الفقرة السابقة ويكون رفع الدعوى خلال ستين يوماً من تاريخ صدور القرار وفق الإجراءات المقررة لرفع الدعوى.

- والحل الاختيارى يكون بقرار من الجمعية العمومية غير العادية وفقاً للقواعد المقررة فى نظامها الأساسى، ويجب أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف أو أكثر وتحديد مدة التصفية وأتعاب المصفى (م ٤١).

- والحل الإجبارى يكون بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية، بعد أخذ رأى الاتحاد العام وبعد دعوة الجمعية لسماع أقوالها، وذلك فى أحوال حددتها المادة ٤٢ من القانون الجديد[1]. ويتعين أن يتضمن قرار الحل تعيين مصف أو أكثر لمدة ومقابل يحددهما.

ولوزير الشئون الاجتماعية أن يصدر قراراً بإلغاء التصرف المخالف أو بإزالة أسباب المخالفة أو بعزل مجلس الإدارة أو نشاط الجمعية وذلك فى أى من الحالتين:

١ - عدم انعقاد الجمعية العمومية عامين متتاليين أو عدم انعقادها بناء على الدعوة لانعقادها تنفيذاً لحكم الفقرة الثانية من المادة (٤٠) من هذا القانون.

٢ - عدم تعديل الجمعية نظامها وتوفيق أوضاعها وفقاً لأحكام هذا القانون.

ويجوز للوزير الاكتفاء بإصدار أى من القرارات السابقة فى الحالات المنصوص عليها فى الفقرة الأولى وذلك بدلاً من حل الجمعية.

* ويكون لكل ذى شأن الطعن فى الحكم أمام محكمة القضاء الإدارى وفقاً للإجراءات وفى المواعيد المحددة لذلك ودون التقيد بأحكام المادة (٧) من هذا القانون. وعلى المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون

---

(١) وتتمثل هذه الحالات فى: ١ - التصرف فى أموالها وتخصيصها فى غير الأغراض التى أنشئت من أجلها. ٢ - الحصول على أموال من جهة خارجية، أو إرسال أموال إلى جهة خارجية بالمخالفة للمادة ٣،٢/١٧ - ارتكاب مخالفة جسيمة للقانون أو النظام العام أو الآداب. ٤ - الانضمام أو الاشتراك أو الانتساب إلى ناد أو جمعية أو هيئة أو منظمة مقرها خارج مصر بالمخالفة للمادة (١٦)، ٥ - ثبوت أن حقيقة أغراضها استهداف أو ممارسة نشاط من الأنشطة المحظورة فى المادة (١١)، ٦ - القيام بجمع تبرعات بالمخالفة لحكم المادة (٢/١٧).

مصروفات. ويعتبر من ذوى الشأن فى خصوص الطعن أى من أعضاء الجمعية التى صدر فى شأنها القرار.

* وقد بين القانون الآثار المترتبة على حل الجمعية وما ينبغى اتخاذه من إجراءات (م ٤٣ – ٤٧ من القانون الجديد). مع ملاحظة أن المحكمة المختصة بالفصل فى الدعاوى التى ترفع من المصفى أو عليه المحكمة الابتدائية التى يقع فى دائرتها مقر الجمعية (م ٤٦).

– **الانسحاب من الجمعية** : لكل عضو حق الانسحاب من الجمعية فى أى وقت يشاء على أن يخطر الجمعية بذلك بكتاب موصى عليه بعلم الوصول، ولا يخل ذلك بحق الجمعية فى مطالبته بما قد يكون مستحقاً عليه أو بأموالها لديه (م ١٤).

٢ - أجهزتها:

يكون لكل جمعية تم تأسيسها طبقاً للقانون جمعية عمومية ومجلس إدارة.

– **الجمعية العمومية:** تتكون من جميع الأعضاء العاملين الذى مضت على عضويتهم ستة أشهر على الأقل وأوفوا بالالتزامات المفروضة عليهم وفقاً للنظام الأساسى للجمعية. وقد بين القانون كيفية دعوة الجمعية العمومية للانعقاد ومن له الحق فى ذلك (م ٢٥) كما بين مكان انعقادها (م ٢٦) وميعاد انعقاد الجمعية العمومية العادية وكذلك حالات انعقاد الجمعية العمومية غير العادية (م ٢٧). وحدد القانون شروط انعقاد الجمعية العمومية انعقاداً صحيحاً (م ٢٨) وكيفية التصويت (م ٢٩) وشروط صحة هذا التصويت (م ٣٠).

– وتصدر قرارات الجمعية العمومية العادية بالأغلبية المطلقة للأعضاء الحاضرين. وتصدر قرارات الجمعية العمومية غير العادية بالأغلبية المطلقة لعدد أعضاء الجمعية ما لم ينص النظام الأساسى على أغلبية خاصة.

- **مجلس الإدارة :**

يكون لكل جمعية مجلس إدارة يتكون من عدد فردى من الأعضاء لا يقل عن خمسة ولا يزيد على خمسة عشر وفقاً لما يحدده النظام الأساسى، تنتخبهم الجمعية العمومية لدورة مدتها ست سنوات، على أن يجرى تجديد انتخاب ثلث أعضاء المجلس بدلاً ممن أن تنتهى عضويتهم بطريق القرعة كل سنتين.

ويكون تعيين أول مجلس إدارة عن طريق جماعة المؤسسين لمدة أقصاها ثلاث سنوات ويجب فى الجمعيات التى يشترك فى عضويتها أجانب أن تكون نسبة عدد أعضاء مجلس الإدارة المتمعتين بالجنسية المصرية مماثلة على الأقل لنسبتهم إلى مجموعة الأعضاء المشتركين فى الجمعية. (م ٣٢).

وقد بين القانون الشروط الواجب توافرها فى عضو مجلس الإدارة (م ٣٣)، وكيفية الترشيح والانتخاب (م ٣٤)، وما هو محظور على عضو مجلس الإدارة. (م ٣٥، ٣٦).

وقد بين القانون كيفية مباشرة مجلس الإدارة لاختصاصاته (م ٣٧، م ٣٨، م ٤٠) وأجاز لمجلس الإدارة أن يعين مديراً للجمعية من أعضائه أو من غيرهم على أن يحدد قرار التعيين أعمال الإدارة التى يختص بها (م ٣٩). وعلى مجلس الإدارة إفادة الجهة الإدارية بالقرارات التى تصدر عنه أو عن الجمعية العمومية وذلك خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدورها. (م ٣٨).

٤ - حقوق الجمعية والتزاماتها:

- **قرر القانون مجموعة من المزايا** تتمثل فى إعفاءات من رسوم والتسجيل والقيد للتصرفات التى تجريها، والإعفاء من ضرائب ورسوم الدمغة المفروضة حالياً، والإعفاء من الضرائب والرسوم الجمركية وغيرها مما هو مفروض على ما تستورده بإجراءات وشروط معينة، وإعفاء المبانى المملوكة لها من جميع الضرائب العقارية.

كما منح القانون عدة تخفيضات للجمعية، منها تخفيض قدره ٢٥ ٪ من أجور نقل المعدات والآلات على السكك الحديدية (م ١٣/هـ)، كما تسرى على الجمعيات تعريفة الاشتراكات والمكالمات التليفونية الخاصة المقررة للمنازل (م ١٣/و). وتمنح أيضاً الجمعية تخفيضاً قدره (٥٠ ٪) من قيمة استهلاك المياه (الكهرباء والغاز الطبيعى). (م ١٣/ز).

وأخيراً اعتبار التبرعات التى تقدم للجمعيات تكليفاً على دخل المتبرع بما لايزيد على (١٠ ٪) منه (م ١٣/ح).

- يجوز للجمعية أن تنضم أو تشترك أو تنتسب إلى ناد أو جمعية أو هيئة أو منظمة مقرها خارج مصر وتمارس نشاطاً لا يتنافى مع أغراضها بشرط إخطار الجهة الإدارية بذلك، ومضى ستين يوماً من تاريخ الإخطار دون إعتراض كتابى منها. (م ١٦).

- للجمعية الحق فى تلقى التبرعات، ويجوز لها جمع التبرعات من الأشخاص الطبيعيين ومن الأشخاص الاعتبارية بموافقة الجهة الإدارية على النحو الذى تحدده اللائحة التنفيذية وفى جميع الأحوال لا يجوز لأية جمعية أن تحصل على أموال من الخارج سواء من شخص مصرى أو شخص أجنبى أو جهة أجنبية أو من يمثلها فى الداخل، ولا أن ترسل شيئاً مما ذكر إلى الأشخاص أو منظمات فى الخارج إلا بإذن من وزير الشئون الاجتماعية، وذلك كله فيما عدا الكتب والنشرات والمجلات العلمية والفنية. (م ١٧).

- ويجوز للجمعية فى سبيل تحقيق أغراضها ودعم مواردها المالية أن تقيم المشروعات الخدمية والإنتاجية والحفلات والأسواق الخيرية والمعارض والمباريات الرياضية. (م ٢٨).

- في مقابل ذلك فرض القانون علي الجمعيات عدة التزامات منها:

* احتفاظ الجمعية فى مركز إدارتها بالوثائق والمكاتبات والسجلات الخاصة بها والتى تحددها اللائحة التنفيذية (م ١٩).

- حق الاطلاع على سجلات الجمعية من جانب الأعضاء أو الموظفين المختصين بذلك (م ٢٠).

- يكون لكل جمعية ميزانية سنوية تبين مركزها المالى (م ٢١).

- التزام الجمعية بأن تودع أموالها النقدية لدى أحد البنوك أو صندوق التوفير بالاسم التى قيدت به. وللجمعية أن تنفق أموالها فيما يحقق أغراضها، ولها أن تستثمر فائض إيراداتها فى مجالات مرجحة الكسب تضمن لها الحصول على مورد ثابت أو أن تعيد توظيفها فى مشروعاتها الإنتاجية والخدمية. وفى جميع الأحوال يمتنع على الجمعية الدخول فى مضاربات مالية. (م ٢٣).

- رقابة الجهة الإدارية على نشاط الجمعية:

فى الأحوال التى تصدر فيها الجمعية قرار ترى الجهة الإدارية أنه مخالف للقانون أو لنظامها الأساسى يكون لهذه الجهة أن تطلب من الجمعية بكتاب موصى عليه بعلم الوصول سحب القرار، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ إفادتها به وفقاً للفقرة الثالثة من المادة ٣٨ من هذا القانون، فإذا لم تقم الجمعية بسحبه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطارها، كان للجهة الإدارية أن تعرض الأمر على اللجنة المنصوص عليها فى المادة (٧) من هذا القانون، ويكون لكل ذى شأن الطعن فى القرار الصادر من اللجنة أمام المحكمة المختصة بمراعاة حكم الفقرة الأخيرة من المادة (٧) المشار إليها. (م ٢٣).

- الجمعيات ذات النفع العام:

أهم ما يميز الجمعية أنه قد يكون الغرض منها عاماً أو خاصاً أى قاصر على تحقيق مصلحة خاصة لأعضائها. وفى جميع هذه الأحوال تخضع الجمعية لنفس النظام القانونى.

- وقد قرر القانون أن كل جمعية تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة عند تأسيسها أو بعد تأسيسها يجوز إضفاء صفة النفع العام عليها. ويكون ذلك بقرار من رئيس الجمهورية بناء على طلب من الجمعية ذاتها أو من الجهة الإدارية أو

الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية بشرط موافقة الجمعية فى الحالتين الأخيرتين.

* كما أن إلغاء صفة النفع العام عن الجمعية يكون بنفس الأداة القانونية، أى بقرار من رئيس الجمهورية.

* كما سمح القانون باندماج الجمعيات ذات النفع العام ببعضها بموافقة الجهة الإدارية بعد أخذ رأى الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية. وإذا كان الاندماج بين جمعيات ذات النفع العام مع غيرها من الجمعيات التى لم تضف عليه صفة النفع العام فإن يلزم صدور قرار من رئيس الجمهورية بذلك (م ٤٩).

- ويترتب على إضفاء صفة النفع العام على الجمعية ما يلى:

* يحدد بقرار من رئيسالجمهورية إمتيازات السلطة العامة التى تتمتع بها هذه الجمعية وعلى الأخص ما يتعلق منها :

١ - بعدم جواز الحجز على أموالها كلها أو بعضها.

٢ - عدم جواز إكتساب تلك الأموال بالتقادم.

٣ - إمكانية نزع الملكية للمنفعة العامة لصالحها تحقيقاً للأغراض التى تقوم عليها الجمعية (م ٥٠).

* أن يعهد إلى أحد هذه الجمعيات بقرار من وزير الشئون الاجتماعية بإدارة مؤسسة تابعة للوزارة أو لغيرها من الوزارات أو الوحدات المحلية بناء على طلبها أو تنفيذ بعض مشروعاتها أو برامجها. وفى هذه الحالة تعتبر أموال الجمعية أموالاً عامة. (م ٥١).

* خضوع هذه الجمعيات لرقابة الجهة الإدارية وتتناول الرقابة فحص أعمال الجمعية بما فى ذلك تلك المتعلقة بالمشروع المسند إليها والتحقق من مطابقتها للقوانين واللوائح والنظام الأساسى للجمعية ويتولى هذه الرقابة مفتشون يعينهم وزير الشئون الاجتماعية. (م ٥٢).

وقد بينت المادة ٥٣ من القانون سلطات وزير الشئون الاجتماعية عند وقوع أخطاء جسيمة من الجمعية.

ب - الشركات:

وسنعرض هنا لتعريفها وكيفية اكتساب الشخصية المعنوية، ثم نعرض بعد ذلك لأنواع الشركات التجارية، لنختم ذلك كله بالمقارنة بين الجمعية والشركة.

١ - تعريفها:

الشركة شخص معنوى ينشأ بمقتضى عقد يلتزم فيه شخصان أو أكثر بأن يساهم كل منهم فى مشروع مالى بتقديم حصة من مال أو عمل لاقتسام ما قد ينشأ من هذا المشروع من ربح أو خسارة (م ٥٠٥ مدنى)[١].

- الشركات إما أن تكون شركات مدنية[٢]، تقوم بصفة رئيسية بالأعمال المدنية كاستغلال الزراعى وإصلاح الأراضى، وإما أن تكون شركات تجارية تتكون بقصد القيام بأعمال تجارية كعمليات البنوك، والنقل والتأمين وما إلى ذلك. ومعيار التفرقة بين الشركات المدنية والشركات التجارية يكمن فى معيار التفرقة بين التجار وغير التجار، أى يكمن فى طبيعة العمل الرئيسى الذى تقوم به الشركة والغرض الذى تسعى إلى تحقيقه.

---

(١) قارن المادة ١٨٣٢ مدنى فرنسى وبصفة خاصة بعد تعديلها بقانون ١١ يوليو ١٩٨٥ حيث أنها تنص على أن:

"La Société est instituée par deux ou plusieurs personnes qui conviennent par un contrat d'affecter à une entreprise commune des biens ou leur industrie en vue de partager le bénéfice ou de profiter de l'économie qui poura en resulter.

Elle peut être instituée dans les cas prévus par la loi, par L'acte de volonté d'une seule personne.

Les associés s'engangent à contribuer aux pertes".

(٢) فى القانون الفرنسي لم يعترف لها بالشخصية الاعتبارية إلا متأخراً (١٨٩١)، عن طريق القضاء. وقد تدخل المشرع بقانون ٤ يناير ١٩٧٨ لينظمها ويعترف لها بالشخصية الاعتبارية (م ١/٨٤٢ مدنى فرنسى).

وتكمن أهمية التفرقة بين الشركات المدنية والشركات التجارية من ناحيتين:

الأول: خضوع الشركات التجارية دون الشركأت المدنية للقانون التجارى وبالتالى تخضع للالتزامات المفروضة على التجار، كالقيد فى السجل التجارى، ومسك الدفاتر التجارية، كما أنها تخضع لنظام الإفلاس إذا توقفت عن دفع ديونها.

الثانية : أن الشركات المدنية لا تخضع لأية إجراءات شهر خاصة، كما أن الشركاء فيها مسئولون مسئولية شخصية عن ديون الشركة فى أموالهم الخاصة، كل منهم بنسبة نصيبه فى الخسائر ما لم يوجد اتفاق على نسبة أخرى (م ٥٢٣ مدنى) ويكون باطلاً كل إتفاق يعفى الشريك من المسئولية عن ديون الشركة. كما لا تضامن بين الشركاء فيما يلزم كل منهم من ديون الشركة، ما لم يتفق على خلاف ذلك. (م ٥٢٤/٢ مدنى).

أما الشركات التجارية (فيما عدا شركة المحاصة) يلزم فيها استيفاء إجراءات شهر معينة. وأما المسئولية الشخصية للشركاء عن ديون الشركة فتختلف بحسب نوع الشركة التجارية. كما أن تقادم حق الدائنين فى مطالبة الشركاء يختلف فى الشركات التجارية عنه فى الشركات المدنية حيث أن هذا الحق يسقط بمضى خمس سنين على إنقضاء الشركة وحلها. أما فى الشركات المدنية فلا يتقادم الالتزام بوجه عام إلا بمضى خمس عشرة سنة.

ويجوز للشركة المدنية أن تتخذ أحد الأشكال التجارية، كأن تنشأ فى شكل شركة تضامن أو شركة توصية بسيطة أو مساهمة أو شركة توصية بالأسهم أو شركة ذات مسئولية محدودة. ومع ذلك ليس لهذا الشكل أى انعكاس على طبيعتها فلا يغير من صفتها المدنية ولا يكسبها صفة التاجر فيما عدا استثناء وحيد وهو خضوعها لأحكام السجل التجارى حيث أن هذه الأحكام تسرى على الشركات مهما كان غرضها إذا اتخذت شكلاً من هذه الأشكال (م ٢ قانون رقم ٣٤ لسنة ١٩٧٦ الخاص بالسجل التجارى).

لكن يترتب على اتخاذ الشركة المدنية لأحد هذه الأشكال الخضوع للقواعد القانونية الخاصة بالشكل الذى اتخذته، فمثلاً إذا اتخذت شركة مدنية شكل شركة التضامن، كان الشركاء فيها مسئولين بالتضامن عن ديون الشركة، وإذا اتخذت شكل شركة مساهمة وجب اتباع قواعد التأسيس والشهر والإدارة والرقابة التى ينص عليها القانون، كما تتحدد مسئولية المساهمين فيها عن ديون الشركة بقيمة ما يملكونه من أسهم.

فى القانون الفرنسى تخضع الشركة التى تتخذ شكل من هذه الأشكال للقانون التجارى بغض النظر عن طبيعة غرضها. لذلك يعتبر كل شركة تتخذ أحد هذه أشكال تجارية أياً كان الغرض منها (م ١ ق ٢٤ يوليو ١٩٦٦).

وقد سلك المشرع المصرى فى القانون التجارى الجديد نفس المسلك. حيث نصت المادة ٢/١٠ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الخاص بإصدار قانون التجارة[١]، على أن «تكون تاجراً، كل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات أياً كان الغرض الذى أنشئت من أجله».

- تكتسب الشركة الشخصية الاعتبارية بمجرد تكوينها، دون أن يتوقف ذلك على استيفاء إجراءات الشهر التى يقررها القانون (م ٥٠٦/١ مدنى). ولكن لا يحتج بهذه الشخصية على الغير إلا بعد استيفاء إجراءات الشهر التى يقررها القانون (م ٥٠٦ / ١ مدنى)، ما لم يكن من مصلحة الغير الاحتجاج بشخصية الشركة قبل استيفاء هذه الإجراءات (م ٥٠٦ / ٢ مدنى).

لكن مما تجدر ملاحظته أن شركة المساهمة وشركة التوصية بالأسهم والشركة ذات المسئولية المحدودة لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد قيدها فى السجل التجارى (م ٢٢ قانون ١٥٩ لسنة ١٩٨١)[٢].

---

(١) الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر فى ١٧ مايو ١٩٩٩.

(٢) فى القانون الفرنسى يعتبر القيد فى السجل التجارى شرطاً لاكتساب الشركات التجارية للشخصية المعنوية (م ٥ قانون ٢٤ لسنة ١٩٦٦).

٢ - أنواع الشركات التجارية:

الشركات التجارية قد تأخذ أحد الأشكال الآتية:

١ - شركة التضامن:

وهى التى تقوم على الثقة بين أعضائها ويكون كل شريك فيها مسئولاً مسئولية تضامنية وغير محدودة عن ديون الشركة لا فى حدود حصته فحسب بل فى أمواله الخاصة كذلك. ويكتسب كل شريك فيها صفة التاجر. ولا يجوز للشريك أن يتصرف فى حصته من غير رضاء باقى الشركاء. كما أن الشركة تنتهى بموت أحد الشركاء أو بالحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه.

٢ - شركة التوصية البسيطة:

وهى تتألف من فريقين من الشركاء، شركاء متضامنين على النحو السابق بيانه، وشركاء موصين لايسألون عن ديون الشركة إلا فى حدود الحصة التى قدمها كل منهم ولا يكتسبون صفة التاجر وليس لهم الحق فى إدارة الشركة. ومع ذلك فإن لشخصية الموصى محل اعتبار لدى الشركاء المتضامنين مع ما يترتب على ذلك من آثار.

٣ - شركة المحاصة:

وهى شركة ليست لها شخصية اعتبارية ولا وجود لها بالنسبة إلى الغير وتقتصر آثارها على أطرافها فقط.

٤ - شركة المساهمة:

وهى الشركة التى لا تكون شخصية الشركاء فيها محل اعتبار بل يكون الاعتبار فيها لما يقدمه كل شريك من مال وما يترتب على ذلك من جواز تصرف الشريك فى حصته دون حاجة إلى موافقة الشركاء، وأن وفاة أحد الشركاء أو الحجر عليه أو إعساره أو إفلاسه لا يترتب عليه حل الشركة، وأخيراً عدم اكتساب الشريك فيها صفة التاجر وعدم مسئوليته عن ديون الشركة إلا فى حدود قيمة أسهمه.

- ويقسم رأس مال شركة المساهمة إلى أسهم متساوية القيمة وقابلة للتداول.

٥ - شركة التوصية بالأسهم:

وهى تتألف من فريقين من الشركاء، شركاء متضامنين، وشركاء موصين حصصهم متمثلة فى أسهم قابلة للتداول ولذلك فإن شخصية هذا الشريك ليست محل اعتبار لدى باقى الشركاء مع ما يترتب على ذلك من آثار.

٦ - الشركة ذات المسئولية المحدودة:

وهى شركة تعتمد على عدد من الشركاء محدود لايجوز أن يزيد على خمسين شريكاً. وهى لا تطرح الحصص للاكتتاب العام كما فى شركات المساهمة. كما أن حصص الشركاء لا تقبل التداول الحر. ومسئولية الشركاء فيها عن ديون الشركة فى حدود حصصهم.

- شركة الشخص الواحد ذات المسئولية المحدودة في القانون الفرنسي:

(Entreprise unipersonnelle à rsponsabilité limitée)[1]

قد أدخل قانون ١١ يوليو ١٩٨٥ فى فرنسا هذا النوع من الشركات. فقد سمح هذا القانون لشخص معين بأن ينشئ شركة ذات شخص وحيد وذات مسئولية محدودة من أجل نشاطه الحرفى أو التجارى أو الزراعى ... إلخ. وقد منح القانون لها الشخصية المعنوية.

---

(1) P. Serlosten, L'entreprise personnelle à responsabilité limitée, D. 1985, chr. 187; A. Sayag, De nouvelles structure pour L'entreprise, la loi no 85 - 697 du 11 juill. 1985, J.C.P. 85. I. 3217; J. J. Daigre, Défense de l'entreprise. Unipersonnelle à responsabilité limitée. J.C.P. 86, I, 3225; M. Th. Calais. Auloy, Appréciation critique de la loi du 11 juill. 1985, instituant : L'EURL. D. 1986, chr. 249; C. Ducouloux - Favard, Société d'un seul. Entreprise unipersonnelle. Gaz. Pal. 1990, Doctr. 577.

ويعتبر هذا تجديد ملحوظ فى القانون الفرنسى وبالتالى له تأثير واضح على نظرية الشخصية المعنوية والذمة المالية[١].

- الشركات المتعددة الجنسيات Les Sociétés multinationales :

هى الشركات التى يكون مركز إدارتها فى بلد معين ولكنها تمارس نشاطها فى بلد وأكثر من بلدان العالم عن طريق فروع لها "succursales ou filiales" تقوم بالتنسيق بينهم[٢].

وقد أثارت هذه الشركات العديد من المشاكل الاقتصادية والقانونية سواء على مستوى الداخلى أو الخارجى[٣]. ولذلك كانت محل لدراسات عديدة سواء من جانب القانونيين أو الاقتصاديين. ولاستشعار حجم ظاهرة الشركات المتعددة الجنسيات ومشاكلها سوف نشير إلى بعض المؤشرات فمثلاً شركة جنرال موتورز تصنف فى المرتبة الثالثة عشرة بين العمالقة الاقتصاديين بين المكسيك والسويد. وتستخدم ٧٥٠٠٠٠ مستخدم أى أن حجم الأيدى العاملة لديها يفوق عدد سكان دولة لوكسمبورج. وحجم الأعمال لشركة فورد يتجاوز الناتج القومى الصافى (Produit national brut: PNB) للدنمارك وحجم الأعمال لشركة IBM أو شركة كريزلر يعادل الناتج القومى الصافى لكوريا الجنوبية أو الفلبين. الأصول السائلة لشركة (Esso) إسو يتجاوز قيمة مخزون الذهب لدى الولايات

(1) A. Cl. Champaud, l'entreprise personnelle à responsabilité limitée, Rev. trim. dr. com. 1979, 579; G. Daublon, Entreprise et patrimorne d'affectation, Rép. Defreenois, 1984, I, 3 art - 33182; J. Paillusseaux, L'E.U.R.L. ou des intérêts pratiques et de conséquences théorique de la société unipersonnelle, J.C.P. 86, I, 3242; J. J. Daigre, La société unipersonnelle en droit français, R.I.D.C., 1990, 665.

(2) D. Carreau, P. Juillard, Th. Flory, Droit interNational économique, L.G.D.J. 1978, p. 45.

(٣) انظر بصفة خاصة تيودور موران، الشركات المتعددة الجنسيات، الاقتصاد السياسى للاستثمار المباشر الأجنبى، ترجمة جورج خورى، مراجعة الدكتور منير لطفى.

المتحدة الأمريكية. هذا ما كتب عن هذه الشركات فى عام ١٩٧٨[(١)]. هذه الظاهرة لم تتوقف بل على العكس تستفحل أكثر فأكثر خاصة بعد انهيار الشيوعية وسيطرة الفكر الرأسمالى على العالم.

خاتمة: التفرقة بين الجمعية والشركة:

تعتبر كل من الجمعية والشركة من جماعات الأشخاص. لكن المميز الرئيسى بينهما هو أن الشركة عبارة عن جماعة من الأشخاص تتجمع بقصد تحقيق ربح مادى يقتسمونه فيما بينهم، بينما الجمعية عبارة عن جماعة أشخاص ذات تنظيم مستمر تتألف من عشرة أشخاص على الأقل بغرض غير الحصول على ربح مادى[(٢)].

ج - الوقف:

هو عبارة عن حبس العين عن التصرف أو عن التمليك لأحد من العباد وبرصد منفعتها - على سبيل التأقيت أو التأبيد - على جهة من جهات البر ابتداء أو انتهاء.

وقد قام المشرع بإلغاء الوقف الأهلى بالمرسوم بقانون رقم ١٨٠ لسنة ١٩٥٢ ولم يعد إلا الوقف الخيرى وتقوم وزارة الأوقاف بالإشراف عليه.

---

(1) D. Carreau, P. Juillard, The Flory, op. cit., p. 43.

(٢) هذا المعيار قد وضع فى اختبار صعب حينما تنشأ شركة مساهمة يكون هدفها الوحيد وضع عدة عقارات تحت تصرف عمل من أعمال الخير، وبالعكس عندما تستخدم الجمعية لدعم نشاط يهدف إلى تحقيق ربح مادى انظر فى ذلك:

- D. Simon, La Commercialité de l'association du 1 er juillet 1901, D. 1977, chr. 153; Y. Guyon, De la distinction des sociétés et des associations depuis la loi du 4 janvier 1978, Etudes Kayser, t. I, p. 483; R. Brichet, Une association peut-elle être une personne morale commurçante? J.C.P. 89, I, 3385.

ويكتسب الوقف الشخصية الاعتبارية من وقت إنشائه. والوقف ينشأ بمقتضى إشهاد رسمى أمام المحكمة. ولايخضع الوقف لإجراءات الشهر التى تخضع لها المؤسسة الأهلية وإن كان يتم قيده بدفاتر المحكمة التى تم أمامها. أما إذا كان المال الموقوف عقاراً، فإنه يجب تسجيل الإشهاد حتى تنتقل الملكية من الواقف إلى الوقف كشخصية اعتبارية (م ٩ من قانون الشهر العقارى).

د - المؤسسات الأهلية[1]:

وسنعرض هنا لتعريف المؤسسة وكيفية اكتسابها الشخصية الاعتبارية، ثم نعقد بعد ذلك المقارنة بينها وبين الجمعية، وبعد ذلك نتعرف على أجهزتها وكيفية حلها.

١ - تعريفها وكيفية اكتسابها الشخصية الاعتبارية:

- والمؤسسة الأهلية هى شخص معنوى ينشأ بتخصيص مال معين أو مجموعة من الأموال لمدة معينة أو غير معينة لعمل ذى صفة إنسانية أو علمية أو فنية أو رياضية، أو لأى عمل آخر من أعمال البر والرعاية الاجتماعية والنفع العام دون قصد الربح المادى.

وقد عرفتها المادة ٥٦ من القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بأن «تنشأ المؤسسة الأهلية بتخصيص مال لمدة معينة أو غير معينة لتحقيق غرض غير الربح المادى، وتسرى فى هذه الخصوص أحكام المادة ١١ من هذا القانون». أى أن نطاق عمل المؤسسة الأهلية مقيد وليس مطلق حيث أن هناك نشاطات وميادين معينة محظور قيام مؤسسة أهلية من أجلها وقد عدد هذه الميادين والنشاطات نص المادة ١١ من القانون الجديد وقد سبق الإشارة إلى ذلك بصدد الجمعيات.

---

(١) طبقاً لتسمية القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ ومن بعده القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ (م ٥٤ - ٦٣) وكان يطلق عليها فى القانون الملغى رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ اسم المؤسسة الخاصة.

- ويكون إنشاء المؤسسة الأهلية بواسطة مؤسس واحد أو مجموعة من المؤسسين من الأشخاص الطبيعيين أو الأشخاص الاعتبارية أو منهما معاً على أن يضع المؤسسون نظاماً أساسياً لها يجب أن يتضمن هذا النظام عدة بيانات أساسية نصت عليها المادة ٥٧ من هذا القانون(١) .

- ويجوز أيضاً إنشاء المؤسسة الأهلية بسند رسمى أو بوصية مشهرة مع وضع نظام أساسى للمؤسسة مشتملاً على البيانات السابق الإشارة إليها. وسيرفق باللائحة التنفيذية لهذا القانون نظام نموذجى يجوز للمؤسسات الأهلية إتباعه. (م ٥٧).

ويعتبر إنشاء المؤسسة على هذا النحو من أعمال التبرع، ولهذا فإنه يلزم فى المنشئ أهلية التبرع.

وإذا كان إنشاء المؤسسة بسند رسمى جاز لمن أنشاها أن يعدل عنها بسند رسمى آخر وذلك إلى أن يتم قيدها (م ٥٨).

- تثبت الشخصية الاعتبارية للمؤسسة الأهلية اعتباراً من اليوم التالى لقيد نظامها الأساسى أو لقيد ما فى حكمه. ويتم هذا القيد لدى وزارة الشئون الاجتماعية بناء على طلب منشئ المؤسسة أو رئيس مجلس الأمناء أو الشخص المعين لتنفيذ الوصية . (م ٥٩).

- **في القانون الفرنسي**، يمكن إنشاء مؤسسة دون حاجة لمنحها الشخصية المعنوية ، إذ يكفي المؤسس أن يتوجه بهاباته أو وصاياه إلى شخص معنوى موجود من قبل ويكلفه بتخصيص هذه الأموال للهدف الذى يسعى إليه، مثل ذلك الهبة مع التكليف التى تعطى لجامعة معينة من أجل إنشاء جائزة معينة.

---

(١) وتتمثل هذا البيانات فى ١- اسم المؤسسة ونطاق عملها الجغرافى ومقر مركز إدارتها بمصر. ٢- الغرض الذى تنشأ المؤسسة لتحقيقه. ٣- بيان تفصيلى للأموال المخصصة لتحقيق أغراض المؤسسة. ٤- تنظيم إدارة المؤسسة بما فى ذلك طريقة تعيين رئيس وأعضاء مجلس الأمناء وطريقة تعيين المدير.

وفى هذا الإطار قد أنشئ المشرع الفرنسى مؤسسة فرنسا "La Fondation de France" حيث يمكن التوجه إليها بالهبات والوصايا مع التكليف بتخصيصها لأغراض معينة فى سند التبرع.

على العكس من ذلك إنشاء مؤسسة لها شخصية معنوية خاصة يتطلب إعتراف بالمنفعة العامة عن طريق مرسوم من مجلس الدول (Par décret en conseil d'Etal) وبذلك تصبح المؤسسة مؤسسة خاصة ذات نفع عام (وذلك على خلاف الموسسات العامة التى تعتبر من أشخاص القانون العام) مثل ذلك مؤسسة Goncourt(١).

فى فرنسا قلما تم الالتجاء إلى المؤسسات، فيما عدا الجوائز الأدبية، والجامعية ... وغيرها. على العكس من ذلك نجد أن المؤسسات لها دور هام وكبير فى الولايات المتحدة حيث مسموح لها بإنشاء جامعات ، ومستشفيات، ومتاحف، ومعاهد أبحاث .. الخ. هذا الفارق قد قل إلى حد كبير بعد صدور قانون ٢٣ يوليو ١٩٨٧ الذى شجع على إنشاء العديد من المؤسسات(٢).

٢- التفرقة بين الجمعية والمؤسسة الأهلية:

إذا كانت المؤسسات الأهلية تخضع لنفس الأحكام المقررة فى شأن الجمعيات فيما لم يرد بشأنه نص خاص (م ٥٤ من القانون الجديد) إلا أن المؤسسة الأهلية تختلف عن الجمعية من ناحيتين أساسيتين:

---

(١) انظر:

- P. Y. Gautier, La ‹Solution Goncourt› les fondations indirectes en droit d'auteur, D. 1991, chr. 145.

(٢) انظر:

- R. J. Duprey, Le droit des fondations en France et â L;étranger 1989; ch. Debbasch, Le nouveau statut des fondations; fondations d'entrprises et fondations classiques et fondation reconnues - d'utilité publique d'après la loi n "90 - 559 du 4 juillet 1990, Administrer, n" 231, fév. 1992, p. 2.

الأولي: أن المؤسسة الأهلية تقوم على تخصيص مال أو مجموعة من الأموال أما الجمعية فتقوم على جماعة من الأشخاص.

الثانية: أن الغرض الذى تهدف إليه المؤسسة يجب أن يكون عاماً وذلك بعكس الجمعية التى يمكن أن يكون الغرض منها عاماً أو خاصاً أى قاصر على تحقيق مصلحة خاصة لأعضائها. والقانون الجديد أجاز إضفاء صفة النفع العام على كل جمعية تهدف إلى تحقيق مصلحة عامة عند تأسيسها أو بعد تأسيسها بقرار من رئيس الجمهورية على النحو السابق بيانه (م ٤٩).

وتتفق كل من المؤسسة والجمعية فى أن كل منهما لا يهدف إلى تحقيق ربح مادى.

٢- أجهزتها:

يكون لكل مؤسسة أهلية مجلس أمناء يتكون من ثلاثة على الأقل يعينهم المؤسس أو المؤسسون ويجوز أن يكون منهم أو من غيرهم الرئيس والأعضاء. (م ٦٠/١).

ويجب إخطار الجهة الإدارية والاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية بهذا التعيين وبكل تعديل يطرأ على مجلس الأمناء. (م٦٠/٢).

وفى حالة عدم تعيين مجلس للأمناء أو خلو مكان أو أكثر بالمجلس وتعذر تعيين بدلاً منه أو منهم بالطريقة المبينه بالنظام الأساسى تتولى الجهة الإدارية التعيين وتخطر الاتحاد العام للجمعيات والمؤسسات الأهلية بذلك (م ٦٠/٣).

ويتولى إدارة المؤسسة الأهلية مجلس الأمناء وفقاً لنظامها الأساسى. ويمثلها رئيس المجلس أمام القضاء وقبل الغير (م ٦١).

ويجوز للمؤسسة الأهلية أن تتلقى أموالاً من الغير بعد موافقة وزير الشئون الاجتماعية على ذلك. وعلى ما قد يضعه مقدم المال من شروط (م ٦٢).

٤- رقابة الجهة الإدارية على نشاط المؤسسة وحلها:

تنص المادة ٦٣ من القانون الجديد على أنه «يجوز حل المؤسسة الأهلية بقرار مسبب من وزير الشئون الاجتماعية بعد أخذ رأى الاتحاد العام وبعد دعوة المؤسسة لسماع أقوالها، إذا توافرت دلائل جدية على ممارسة المؤسسة الأهلية نشاطاً من الأنشطة المحظورة فى المادة ١١ من هذا القانون.

ويتعين أن يتضمن قرار الحل تعيين مصفا وأكثر لمد وبمقابل يحددهما، ولوزير الشئون الاجتماعية أن يكتفى فى أى من الحالات السابقة باصدار قرار بالغاء التصرف المخالف أو بازالة المخالفة أو بعزل مجلس الأمناء أو بوقف نشاط المؤسسةولكل ذى شأن الطعن على القرار الذى يصدره وزير الشئون الاجتماعية أمام محكمة القضاء الإدارى وفق الاجراءات والمواعيد المحددة لذلك، ودون التقيد بأحكام المادة (٧) من هذا القانون، وعلى المحكمة أن تفصل فى الطعن على وجه الاستعجال وبدون مصروفات ويعتبر من ذوى الشأن فى خصوص الطعن أعضاء مجلس أمناء المؤسسة أو أى من مؤسسيها.

وتؤول الأموال الناتجة عن تصفية المؤسسة إلى صندوق إعانة الجمعيات والمؤسسات الأهلية (م ٦٣).

ملحق - المجموعات ذات المصلحة الاقتصادية

(Les groupements d'intérêt économique)

وقد أنشئت هذه المجموعات بمرسوم ٢٣ سبتمبر ١٩٦٧ . هذا النوع الجديد من المجموعات لا يمكن إدراجه تحت أى نوع من الأنواع السابقة وهذا النوع يستجيب لحاجات اقتصادية محل اعتبار. هذا النوع يقدم لرجال

الصناعة والتجار شكل مفيد يسمح لهم بتجميع نشاطهم بهدف البحث عن سنتجات جديدة أو طرحها فى الأسواق الداخلية أو الخارجية.

هذه التنظيمات ليس هدفها البحث عن الأرباح وتوزيعها على أعضائها. لكن إذا كانت هذه المجموعات لا تهدف إلى تحقيق ربح مادى مباشر كما هو الشأن في الشركات، إلا أنها ليست مجردة عنه تماماً كما هو فى الجمعيات.. فهذه الجمعيات تستخدم كإطار للعمل المشترك لرجال الصناعة. تسمح لهم بتحقيق اقتصاد فى نفقات تنمية وتطوير إنتاجهم. هذه المزايا مضافاً إليها نظام ضرائبى تفضيلي قد جعل هذه التجمعات تحقق نجاحاً ملموساً(١).

هذه النصوص الواردة فى مرسوم ٢٣ سبتمبر ١٩٦٧ قد تم تكملتها وتعديلها بقانون ٣١ يونيه ١٩٨٨ الذى أنشأ المجموعة الأوروبية ذات المصلحة الاقتصادية(٢).

---

(1) J. J. Burst, Unde personnalité morale embiguè: La personnalité morale du groupement d'intérêt économique. J.C.P. 67.i. 2783; J. Richard, Le GIE et le sort. de ses résultats depuis la loi no 89 - 377 du 13 juin 1989; J.C.P. 90. i. 3435.

(2) M. Vion, Le groupement européen d'intérêt économique (GEIE), Rep. Defrénois 1989, i. 945 art. 34572; A. Karnmann. Groupement d'intérêt économique et groupement européen d'intérêt économique. Gaz. Pal. 1989, 2. Doctr. 626; J.F. Guellemein, Le GEIE, un instrument de la coopération transfrontalière, Rev. dr. immob. 1989, 437.



محل الحق

إذا كان للحق صاحب هو الشخص فله كذلك محل. ومحل الحق يختلف عن مضمون الحق فمضمون الحق هو السلطات أو المكنات التى يعطيها الحق ويخولها لصاحبه بينما محل الحق هو ما يرد أو يقع عليه الحق - بمضمونه هذا - من شئ أو عمل، فمثلاً مضمون حق الملكية هو ما يثبت للمالك من سلطات الاستعمال والاستغلال والتصرف بينما يعتبر الشئ الذى تنصب عليه هذه السلطات هو محل هذا الحق.

ومحل الحق قد يكون عملاً، كما هو الحال بخصوص الحق الشخصى كما أن محل الحق قد يرد على شئ مادى كما هو الحال بخصوص الحق العينى، أو شئ معنوى كما هو الحال بخصوص الحق الذهنى.

وعلى ذلك سنعرض على التوالى للأشياء، ثم للأعمال.



المبحث الأول

الأشــيـاء

تمهيد: الشئ والمال:

والشئ هو كل ما له كيانه ذاتى مستقل ومنفصل عن الإنسان سواء كان هذا الكيان مادياً يدرك بالحس، أو معنوياً لا يدرك إلا بالتصور[1]. وعلى ذلك فإن الشئ يختلف عن المال. فالمال يقصد به الحق ذو القيمة المالية أى الذى يقدر بالنقود، أياً ما كان نوعه، وأياً ما كان محله شيئاً أو عملاً. أما الشئ يقصد به الدلالة على ما يصلح محلاً مباشراً للحقوق التى تخول التسلط والاقتضاء.

والأشياء المادية هى التى تكون محلاً للحقوق العينية ويجب أن تكون هذه الأشياء داخلة فى دائرة التعامل حتى تصلح أن تكون محلاً للحق العينى. وهذه الأشياء قد تكون ثابتة أو منقولة، قد تقبل الاستعمال المتكرر أو أنها تكون قابلة للاستهلاك وقد تتشابه ويحل بعضها محل الآخر وقد لا تتشابه وسوف نعرض لكل ذلك بالتفصيل.

المطلب الأول

الأشياء الداخلة في دائرة التعامل والأشياء الخارجة عنها

لا يصلح أن يكون الشئ محلاً للحق إلا إذا كان داخلاً فى دائرة التعامل. ولقد حدد المشرع المصرى، م ٨١ مدنى الأشياء الخارجة عن دائرة التعامل فى طائفتين:

---

(١) انظر حسن كيره، المرجع السابق، فقرة ٣٥٠ ص ٦٦٢. توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٤٦٦، ص ٨٠٣.

١- أشياء خارجة عن دائرة التعامل بطبيعتها:

وهذه هى الأشياء التى لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، كأشعة الشمس والهواء وماء البحر، إذ لا يتصور أن يستأثر أحد بحيازتها بل إنها للجميع، ولا يحول انتفاع بعضهم بها دون انتفاع الآخرين. ولكن اذا أمكن الاستئثار بجزء منها عن طريق حيازته وفصله صار هذا الجزء مملوكاً ملكية فردية، وينشأ عليه لحائزة حق، ويمكن التعامل فيه فالهواء إذا ما ضغط فى أنبوبة صار مملوكاً لحائزة وكذلك مياه البحر.

وهذه الأشياء تختلف عن الأشياء التى لا مالك لها(١)، والتى يحتمل أن يتملكها شخص من الأشخاص، مثل الحيوانات البرية، والأسماك، ومنتجات البحار، والمياه الصالحة للشرب، وكذلك الأشياء التى تخلى عنها أصحابها السابقين.

٢- أشياء خارجة عن دائرة التعامل بحكم القانون:

وهذه هى الأشياء التى لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية وإن لم تتنافى طبيعتها مع إمكان حيازتها والاستئثار بمنافعها، رعاية للمصالح الأساسية فى الجماعة.

وقد يكون إخراج الشئ عن دائرة التعامل بحكم القانون بغرض تخصيصه للنفع العام، كما هو الشأن بالنسبة للأشياء العامة المملوكة للدولة أو للأشخاص الاعتبارية العامة. فهذه الأشياء لا يجوز التصرف فيها أو الحجز عليها أو تملكها بالتقادم. فإذا انتهى الغرض من تخصيصها للنفع العام، طبقاً لما يقضى به القانون، عادت إلى نطاق التعامل وأصبحت قابلة للتحمل بحقوق الأفراد.

---

(١) انظر:

- M. Remond - Gouillaud, Ressourses naturelles et choses sans maître, D. 1985, ch. 27.

ومن أمثلة هذه الأشياء المخصصة للمنفعة العامة، الطرق وشواطئ البحار، الموانئ، والمبانى المخصصة للإدارات الحكومية وأماكن العبادات، والكبارى، والمدارس... والشوارع والميادين... إلخ.

لكن إذا كان تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة لا يحول دون الترخيص باستعمالها فإنه يمكن تقرير بعض الحقوق عليها للأفراد، من أمثلة ذلك تأجيرا أكشاك للاستحمام على شواطئ البحار، أو أكشاك لبيع بعض الصحف أو غيرها فى بعض الميادين العامة. لكن هذه التصرفات مؤقتة ووجودها ذاته رهين بعدم التعارض مع تخصيص هذه الأشياء للمنفعة العامة، بحيث إذا ظهر أدنى تعارض ألغى على الفور الترخيص بالاستعمال.

- وقد تخرج الأشياء عن دائرة التعامل لحكمة يتوخاها القانون، مثل حظر التعامل فى المخدرات، حيث أن ذلك يتضمن إخلالاً بالنظام العام وإضراراً بصالح الجماعة، إلا إذا كان لأغراض علمية أو طبية وبتنظيم قانونى خاص.

المطلب الثاني

أشياء قابلة للاستهلاك وأشياء غير قابلة للاستهلاك(1)

- الأشياء القابلة للاستهلاك هى التى ينحصر استعمالها بحسب ما أعدت له فى استهلاكها أو إنفاقها. فهى الأشياء التى لا يتم الانتفاع بها إلا باستهلاكها. وقد يكون الاستهلاك مادياً إذا ترتب على الاستعمال فناء الشئ، أو فى الأقل تغيير ذاتيته وصورته، فاستعمال المأكولات تكون بأكلها والمنسوجات بتحويلها إلى ملابس. وقد يكون الاستهلاك قانونياً أو حكمياً،

---

(1) P. Jaubert, Deux notions du droit des biens, la consomptibilité et la fongibilité, Rév. trim. dr. civ. 1945, 75.

وهو الاستهلاك الذى يستند إلى حكم القانون كما هو الحال فى تقرير القانون أو النقود تستهلك بإنفاقها. على العكس من ذلك لا تعتبر السندات لحاملها من الأشياء القابلة للاستهلاك نتيجة أول استعمال[1].

– أما الأشياء الغير قابلة للاستهلاك، فهى التى لا تهلك من أول استعمال لها وإن كان من شأن إستعمالها إحداث نقص فى قيمتها أو هلاكها بمضى الزمن وذلك كالملابس والأثاث والسيارات وغيرها.

– وأهمية التفرقة بين الأشياء القابلة للاستهلاك والأشياء الغير قابلة للاستهلاك ينحصر في الآتي:

١– أن بعض الحقوق التى لا تعطى لصاحبها حق التصرف وإنما تعطيه فقط حق الاستعمال لا يمكن أن ترد على الأشياء القابلة للاستهلاك، وذلك مثل حق الانتفاع والاستعمال والسكنى والارتفاق.

٢– كذلك فإن بعض العقود لا يمكن أن ترد إلا على أشياء غير قابلة للاستهلاك بمجرد أول استعمال لها وهى العقود التى تلزم أحد المتعاقدين برد الشئ الذى تسلمه بعد استعماله كالإيجار وعارية الاستعمال.

٣– فى حالة الأشياء غير القابلة للاستهلاك المالك يحتفظ بحقه فى الملكية على الشئ الذى تقرر عليه حق انتفاع أو كان محلاً لعقد إيجار ائتمانى Crédit-bail ولذلك يستطيع أن يطالب باسترداده عيناً فى حالة خضوع المدين لاجراءات الإفلاس. بينما فى الأشياء القابلة للاستهلاك، (مثل القرض، أو البضائع). فالمالك فى هذه الحالة ليس له إلا حق شخص فى المطالبة بالاسترداد فى مواجهة المدين، أى يصبح دائن عادى ويخضع

---

(١) انظر محكمة النقض الفرنسية بصدد حق انتفاع وارد على سندات لحاملها.

- Civ. 1er, 4 avril 1991, D. 1991, IR, 136.

بالتالى لمزاحمة باقى الدائنين العاديين، وممكن أن يتعرض لعدم استرداد حقه كاملاً.

المطلب الثالث

الأشياء المثلية والأشياء القيمية[1]

والأشياء المثلية، هى التى يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاة والتى تقدر عادة فى التعامل بين الناس بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن. وعلى ذلك فالأشياء المثلية لا تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به. ومثل ذلك النقود والأقمشة والقمح والفاكهة. وهذه الأشياء يقوم بعضها مقام بعض فى الوفاء. فإذا التزم الشخص بتسليم عشرين أردباً من القمح من نوع معين، فإنه يستطيع أن يوفى بأى عشرين أردباً من النوع الذى التزم به.

الأشياء القيمية، وتسمى أيضاً الأشياء المعينة بالذات فهى أشياء تتفاوت آحادها تفاوتاً يعتد به ولذلك لا يقوم بعضها مقام بعض عند الوفاء، كمنزل أو أرض أو حيوان. فهذه الأشياء كلها تتعين بذاتها ولا يكون تقديرها بالعدد أو المقاس أو الكيل أو الوزن. فإذا التزم شخص بتسليم منزل فإن الوفاء لا يصح عن طريق تسليم، منزل آخر حتى ولو كان مشابهاً للمنزل الأول أو أعلى منه قيمة.

وإذا كانت طبيعة الأشياء من حيث تفاوتها أو تماثلها تلعب دوراً أساسياً فى تعيين الصفة المثلية أو القيمية للأشياء، مع ذلك فإن إرادة الأفراد قد تسبغ على شئ مثلى بطبيعته الصفة القيمية أو العكس. فمثلاً نسخه من كتاب معين تعتبر بطبيعتها شئ مثلى، ومع ذلك فإن التوقيع عليها من المؤلف

---

(١) انظر:
- P. Jaubert. op. cit., Veuax - Fournerie. Fongibilité et subrogation réelle en matière de gage. in le gage commercial.

يجعل منها شئ قيمى أو شئ معين الذات كما أن قطعة أرض معينة بالذات تعتبر شئ قيمى. فإذا ما تم تقسيمها إلى قطع متساوية ومتماثلة فإنه يجعلها شئ مثلى أو معين بالنوع.

- وتظهر أهمية هذا التقسيم في نواحي متعددة:

١- **من حيث الوفاء:** حيث إن فى الأشياء القيمية لا يتم الوفاء إلا بذات الشئ المتفق عليه، فإذا التزم شخص بتسليم سيارة معينة باعها إلى آخر فلا يصح الوفاء إلا بتسليم هذه السيارة بالذات ولا يصح بتسليم سيارة أخرى... كما أن الدائن لا يجبر على قبول شئ غير الشئ المتفق عليه حتى ولو كان مساوياً فى القيمة، أما إذا كان الشئ مثلياً فإن المدين يبرأ إذا قدم أى شئ من النوع نفسه بالمقدار المحدد فى العقد.

٢- **من حيث المقاصة:** لا تقع المقاصة إلا بين دينين، موضوع كل منهما شئ مثلى، بشرط الاتحاد فى النوع والجودة حتى لو اختلف سبب الدينين.

٣- **من حيث انتقال الملكية:** تنتقل ملكية المنقول المعين بالذات، الشئ القيمى، بمجرد التعاقد أما إذا كان المنقول معيناً بالنوع، أى شئ مثلى، كمقدار من القمح، فإن الملكية لا تنتقل بمجرد التعاقد ولكن بالإفراز.

٤- **من حيث الهلاك:** إذا هلك الشئ المثلى لا تبرأ ذمة المدين به وعليه أن يقدم مثله حيث إن المثليات لا تهلك. فإذا التزم شخص بتسليم ١٠ قناطير من القطن جيزة ٤٥ وهلكت عنده قبل تسليمها فإن ذمته لا تبرأ. وإنما يلتزم بتقديم غيرها من نفس النوع والصنف أما إذا التزم بتسليم شئ قيمى كحصان مثلاً، ونفق هذا الحصان، فإن ذمة الشخص تبرأ لاستحالة التنفيذ وخاصة إذا كان هذا راجع إلى سبب أجنبى لا دخل لإرادة المدين فيه.

المطلب الرابع

العقارات والمنقولات

أولاً: الأشياء الثابتة (العقارات) والأشياء المنقولة:

١- معيار التفرقة بين العقار والمنقول قد وضعته المادة ٨٢ مدني بنصها على أن «كل شئ مستقر بحيزة ثابت فيه لا يمكن نقله منه دون تلف، فهو عقار. وكل ما عدا ذلك من شئ فهو منقول» وعلى ذلك فالثبات وعدم قابلية الشئ للنقل بلا تلف هو المعيار الفاصل بين العقار والمنقول.

فالأرض عقار لأنه لا يمكن نقلها. وما يلتصق بالأرض بحيث لا يمكن نقله بدون تلف يعتبر عقاراً كذلك. فالمباني بأنواعها تعتبر من العقارات، وكذلك المزروعات والأشجار التي تمتد جذورها في الأرض طالما أنه لا يمكن نقلها دون تلف.

أما إذا كان الشئ غير مستقر بحيزه ويمكن نقله بلا تلف فهو منقول مثال ذلك الحيوانات والسيارات وأثاث المنزل والكتب والمنقولات والأكشاك وهذه منقولات بالطبيعة.

٢- العقارات بالتخصيص[١]:

إذا كان معيار الثبات وعدم قابلية الشئ للنقل بلا تلف وهو الذي يحدد طبيعة العقار، فإنه مع ذلك يعتبر عقاراً بالتخصيص، المنقول الذي يضعه صاحبه في عقار يملكه رصداً على خدمة هذا العقار أو استغلاله.

في هذه الحالة نجد أن هناك شيئاً منقولاً بحسب أصله وطبيعته ولكن القانون يضفي عليه صفة العقار إذا ما توافرت شروط معينة:

---

(١) انظر المادة ٢/٨٢ مدني مصري، المادة ٣ ملكية عقارية لبناني، المادة ٥٢٤ ، ٥٢٥ مدني فرنسي.

وانظر في القانون الفرنسي.

- P.Gulphe, L'immobilisation par destination, th. Paris, 1943.
- Ph, Malinvaud, op, cit., no 147, p. 150.

وانظر في تفصيل أكثر توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٤٧٤ ص ٨١٦، فقرة ٤٧٦ ص ٧٢٤.

١- أن يكون هناك منقول بطبيعته.

٢- أن يكون هذا المنقول مملوك لصاحب العقار.

٣- أن يخصص هذا المنقول لخدمة العقار أو استغلاله ولهذا سمي المنقول فى هذه الحالة عقاراً بالتخصيص. مثال ذلك أن شخص يملك أرض زراعية وهي عقار بطبيعتها ووضع فيها مواشي وآلات لازمة لخدمتها واستغلالها، صارت هذه المنقولات بطبيعتها عقاراً بالتخصيص.

وتظل صفة العقار بالتخصيص ملازمة للمنقول طالما كان مخصصاً لخدمة العقار واستغلاله وبالتالى تسرى على هذا المنقول الأحكام الخاصة بالعقار، فإذا زال التخصيص زالت الصفة، وتسرى عليه أحكام المنقول لا أحكام العقار.

٢- المنقول بحسب المال[1]:

قد يعامل القانون العقار بطبيعته في بعض الأحيان معاملة المنقول، إذا من المتوقع أن يصير العقار منقولاً، ولذا يسمى العقار فى هذه الحالة منقولاً بحسب المآل فالمشرع يفترض أن الشئ منقول مع أنه عقار بطبيعته، لكى يتوصل إلى تطبيق أحكام المنقول بالنسبة له، وبالتالى يخفف من قيود التصرف فى العقار. مثل ذلك المبانى المبيعة أنقاضاً، فالمبانى عقارات بطبيعتها، ومع ذلك اذا بيعت بقصد هدمها فإن البيع يعتبر وارداً على منقول بحسب المآل وتسرى عليه أحكام بيع المنقول.

ثانيا: أهمية التقسيم إلي عقار ومنقول:

يترتب على معرفة ما إذا كان الشئ عقاراً أو منقولاً آثار قانونية هامة. ونشير فى إيجاز إلى بعض هذه الآثار:

١- من حيث انتقال الملكية:

الملكية لا تنتقل فى العقار إلا بالتسجيل بينما فى المنقولات فإنها تنتقل

---

(١) من أمثلة المنقول بحسب المآل الأشجار المباعة للقطع، والمعادن الباعة للاستخراج، وانظر:

- Fréjaville, Des meubles par anticipation, th. Paris 1927.

بمجرد العقد إذا كان معين بالذات، لكن إذا كان المنقول من المثليات معين بالنوع لا تنتقل إلا بالإفراز.

٢- من حيث الشفعة:

فإن الشفعة قاصرة على العقارات دون المنقولات.

٣- من حيث الحيازة:

الحيازة في المنقول بحسن نية تكون سنداً للحائز في ملكيته. أما في العقار فلا يكفي مجرد الحيازة، بل لابد من أن تستمر الحيازة مدة معينة قد تكون في بعض الأحيان خمس سنوات أو خمسة عشر سنة بحسب الأحوال.

٤- من حيث الحقوق العينية الواردة على الأشياء:

من الحقوق ما لا يرد إلا على عقار وحده، فحق السكنى وحق الحكر وحق الارتفاق وكذلك الرهن الرسمي، وحق الاختصاص، لا تتقرر إلا على عقار.

٥- من حيث الاختصاص القضائي:

الأصل أن ترفع الدعوى أمام المحكمة التي يوجد في دائرتها موطن المدعى عليه ويستثنى من ذلك الدعاوى المتعلقة بحق عقارى، فترفع أمام المحكمة التي يقع العقار في دائرتها.

٦- بالنسبة لإجراءات التنفيذ الجبري:

قد جعل المشرع إجراءات التنفيذ على المنقول أبسط من إجراءات التنفيذ على العقار.

المبحث الثاني

الأعمال

- العمل كمحل للحق وشروطه:

الحق الشخصى هو الاستئثار الذى يقره القانون لشخص من الأشخاص ويكون له بمقتضاه اقتضاء أداء معين. هذا الأداء قد يكون عملاً إيجابياً أو عملاً سلبياً. فيقع على المدين التزام بالقيام بعمل أو بالامتناع عن عمل. ولذلك فإن هذه الدراسة أدخل فى نظرية الالتزام منها فى نظرية الحق. وعليه ستكتفى بعرض مختصر للشروط الواجب توافرها فى العمل محل الحق الشخصى.

ويشترط فى العمل لكى يكون محلاً للحق الشخصى أن يكون ممكناً ومعيناً أو قابلاً للتعيين، وأن يكون مشروعاً. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.

أولاً: يجب أن يكون ممكناً:

القاعدة فى هذا الصدد أنه لا التزام بمستحيل.. وعلى ذلك فلا ينشأ الالتزام إلا إذا كان محله ممكناً.

وفى هذا الصدد يجب أن نفرق بين الاستحالة المطلقة والاستحالة النسبية. لأن الاستحالة المطلقة هى وحدها التى تحول دون نشوء الالتزام وتؤدى إلى بطلان العقد بشرط أن تكون هذه الاستحالة قائمة وقت التعهد بهذا الالتزام. والاستحالة المطلقة هى التى تقوم بالنسبة لجميع الناس، فيكون الالتزام مستحيلاً فى ذاته. أما الاستحالة النسبية فهى الاستحالة التى تجعل الالتزام مستحيلاً على المدين ممكناً بالنسبة لغيره، ولذلك فهذه الاستحالة لا تحول دون قيام الالتزام ويكون المدين مسئولاً عن عدم تنفيذ التزامه.

ويتضح من ذلك أن الاستحالة التى تحول دون قيام الالتزام هى الاستحالة المطلقة القائمة وقت التعهد بالالتزام وعلى ذلك فالاستحالة اللاحقة، ولو كانت مطلقة فهى بداهة لا تمنع من قيام الالتزام حيث أنه قد نشأ من قبل. ولكن الاستحالة اللاحقة مع ذلك لا تعدم كل أثر وإنما تؤدى إلى انقضاء الالتزام بعد أن وجد، وذلك إذا كانت ناتجة عن سبب أجنبى لا يد للمدين فيه. أما إذا كان المدين نفسه هو الذى تسبب فى هذه الاستحالة

٢ - الهيئات والطوائف الدينية التى تعترف لها الدولة بشخصية اعتبارية.

٣ - الأوقاف.

٤ - الشركات التجارية والمدنية.

٥ - الجمعيات والمؤسسات المنشأة وفقاً للأحكام التى ستأتى فيما بعد.

٦ - كل مجموعة من الأشخاص والأموال تثبت لها الشخصية الاعتبارية بمقتضى نص فى القانون».

ويتضح من هذه النصوص أنها تضمنت الأشخاص الاعتبارية العامة والأشخاص الاعتبارية الخاصة على حد سواء.

ولم يتضح من هذه النصوص أى مؤشر عن المعيار الذى تبناه المشرع للتفرقة بين الشخص الاعتبارى العام والشخص الاعتبارى الخاص، رغم أهمية هذه التفرقة. وتتجلى هذه الأهمية فى القواعد القانونية المطبقة على كل منهما، فالشخص الاعتبارى يخضع للقانون الخاص. ويترتب على ذلك أن الشخص الاعتبارى العام يتمتع بسلطات وإمتيازات لا يتمتع بها الشخص الاعتبارى الخاص. وهذه التفرقة أصبحت دقيقة إلى حد بعيد بعدما تداخل نشاط الدولة ونشاط الأفراد فى العصر الحديث.

وبالنسبة للمعايير المقترحة من جانب الفقه فإنها ليست حاسمة ولا قاطعة[1]. لكن القدر المتيقن منه أن الدولة والأشخاص الاعتبارية الإقليمية تعتبر أشخاص اعتبارية عامة. وكذلك الأشخاص الاعتبارية التى تقوم على المرافق العامة فى الدولة كالجامعات وهيئة البريد، والسكك الحديد، والنقل العام وغير ذلك، تعتبر أشخاصاً اعتبارية عامة. ربما أن المنطقة التى تدق فيها التفرقة هى عند ممارسة نشاط اقتصادى معين من جانب الدولة. وفى هذه الحالة يمكن الركون إلى عدة معايير للكشف عن صفة الشخص العامة أو تخلفها، كتمتعه بامتيازات السلطة العامة أو عدم تمتعه بذلك، وأصله ومنشأه، ومدى تمتع الإدارة بالسيطرة عليه. وغير ذلك من معايير[2].

---

(١) قارن حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٢٧، ص ٦٢٧.

(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٢٧، ص ٦٢٧؛ توفيق فرج، المرجع السابق، فقرة ٤٤٤، ص ٧٧٣، ص ٧٧٤.

ثانياً: الأشخاص الاعتبارية الخاصة:

وهنا سنعرض للأشخاص الاعتبارية الخاصة ممثلة فى الجمعيات، والشركات، والوقف، والمؤسسات الأهلية وغيرها من مجموعات ظهرت حديثاً.

أ - الجمعيات:

ألغى القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ الخاص بالجمعيات والمؤسسات الأهلية القانون رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٤ الخاص بالجمعيات والمؤسسات الخاصة.

وقد حكم بعدم دستورية القانون رقم ١٥٣ لسنة ١٩٩٩ بأكمله لعدم عرضه على مجلس الشورى قبل بدء سريان العمل به، كما تنص المادة ١٩٥ من الدستور[١]، ثم صدر القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢ بإصدار قانون الجمعيات والمؤسسات الأهلية[٢]. وعلى ذلك سوف نتتبع أحكام هذا القانون الجديد سواء من حيث تعريف الجمعية، وإنشائها وتعديلها وحلها، ثم نبين حقوق الجمعية والتزاماتها، وفى النهاية نعرض للجمعيات ذات النفع العام الذى أدخلها القانون لأول مرة فى القانون المصرى.

١ - تعريفها:

الجمعية عبارة عن جماعة ذات تنظيم مستمر لمدة معينة أو غير معينة، تتألف من أشخاص طبيعيين؛ أو أشخاص اعتبارية، أو منهما معاً لا يقل عددهم فى جميع الأحوال عن عشرة وذلك لغرض غير الحصول على ربح مادى (م ١ من القانون رقم ٨٤ لسنة ٢٠٠٢).

وعلى ذلك تتميز الجمعية بالآتى:

١ - فهى تتكون من جماعة من الأشخاص، سواء كان هؤلاء الأشخاص أشخاص طبيعيين أم أشخاص اعتبارية أو منهما معاً، على ألا يقل عددهم فى جميع الأحوال عن عشرة. وكان القانون السابق يقصر هذا الشرط الأخير على الحالة التى تتكون فيها الجمعية من أشخاص طبيعيين.

---

(١) حكم المحكمة الدستورية فى ٢٠٠٠/٦/٣.

(٢) الجريدة الرسمية العدد ٢٢ مكرراً (أ) فى ٢٠٠٠/٦/٥.

اللاحقة فإن الالتزام لا ينقضى، ولكن الدائن لن يتيسر له الحصول على تنفيذه، فيجب التعويض على المدين[1].

ثانيا: يجب أن يكون معينا أو قابلاً للتعيين:

ويتحدد معنى هذا الشرط بحسب طبيعة الأداء الذى يلتزم به المدين. وعلى ذلك إذا كان الالتزام بعمل أو بامتناع عن عمل أو بإعطاء.

١- إذا كان الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل:

فإنه يجب أن يكون ما التزم به المدين معيناً أو قابلاً للتعيين. فإذا تعهد مقاول ببناء منزل فإنه يجب أن تعين أوصاف ذلك المنزل. وفى التزام المدين بعدم المنافسة يجب أن يعين فيه موضوع عدم المنافسة وأن يكون هذا الالتزام محدداً بنطاق جغرافى معين وبأجل زمنى محدد وإلا وقع باطلاً.

ويكون المحل قابلاً للتعيين، إذا تضمن العقد العناصر الكافية لتعيينه، كأن يذكر أن البناء معد لمستشفى تستقبل عدداً معيناً من المرضى أو ملعباً لاستقبال عدد معين من المتفرجين. فإذا لم يتضمن العقد الأسس التى تمكن من تعين المحل كان الالتزام باطلاً.

٢- الالتزام بإعطاء:

وهو الالتزام الذى يكون محله نقل حق عينى على شئ، أو بإنشاء هذا الحق ابتداءً. وعلى ذلك يجب أن يكون هذا الشئ معيناً أو قابلاً للتعيين. ولدراسة كيفية تحقق هذا الشرط فإنه يجب أن يميز فى هذا الصدد بين الأشياء القمية أى المعينة بالذات، والأشياء المثلية أى التى يقوم بعضها مقام البعض فى الوفاء.

- إذا كان الشئ معيناً بالذات: وجب تحديد ذاتية الشئ عن طريق وصفها وصفاً يؤدى إلى التعرف عليه، وتمييزه عن غيره، فبيع المنزل يقتضى تعيين موقعه وذكر أوصافه الأساسية، وبيع الأرض يستلزم تحديد موقعها ومساحتها وتعيين حدودها، وبيع السيارة يوجب بيان نوعها وعلامتها المميزة.

---

(١) انظر نبيل سعد. مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ٢٠٤.

- إذا كان الشئ معيناً بالنوع: أى إذا كان الشئ من المثليات فلا يلزم فيه التعيين بالذات بل يكفى تعيين جنسه ونوعه ومقداره. فيذكر فى البيع مثلاً أن المبيع قمح من النوع الأمريكى وأن مقداره ألف طن.

وإذا كان محل الالتزام دفع مبلغ من النقود فهنا أيضاً يجب تعيين نوعها ومقدارها، فيلتزم المدين مثلاً بدفع مقدار معين من الدولارات الأمريكية أو الجنيهات المصرية.

ثالثاً: يجب أن يكون المحل مشروعاً:

ويقصد به أن يكون جائزاً قانوناً، أى غير مخالف للنظام العام أو الآداب (م١٣٥ مدنى).

ففى الالتزام بإعطاء يجب أن يكون الشئ الذى يرد عليه الحق مما يجوز التعامل فيه على النحو السابق بيانه.

وإذا كان الالتزام بعمل أو امتناع عن عمل، فإنه يجب أن يكون العمل أو الامتناع غير مخالف للنظام العام أو للآداب. فإذا كان مخالفاً وقع الالتزام باطلاً، كالتزام شخص بقتل آخر أو إتلاف أمواله مقابل مبلغ من النقود، أو التزام شخص بالاستمرار فى علاقة غير شرعية بامرأة. وكإتفاق شخص مع طبيب على الامتناع عن تقديم المساعدة الطبية لمريض حتى يموت، أو الاتفاق الذى يلتزم بمقتضاه أحد المتعاقدين بالامتناع عن مزاولة مهنة معينة امتناعاً مطلقاً.

الباب الثالث

نشوء الحق واستعمال وانقضاؤه

بعد التعرف علي الحق من حيث ماهيته وأنواعه، وأركانه يجب أن نعرض الآن لمصادر الحق وكيفية إثباته. ثم ندرس بعد ذلك مباشرة الحق وحمايته. وأخيرا إنقضاؤه.



الفصل الأول

مصادر الحق وإثباته

ونعرض في هذا الفصل لكيفية نشوء الحق أو لمصادر الحق ثم نتعرف
علي كيفية إثباته .



المبحث الأول

مصادر الحق

- التصنيف الفني لمصادر الحق[1]:

الواقعة القانونية والتصرف القانوني:

ويستند الحق فى وجوده إلى القانون، وكل الحقوق مردها إلى القانون، لأنه هو الذى ينظمها ويحميها. ولكن القانون يعتبر مصدراً غير مباشر لكل الحقوق، المصدر البعيد لها. ولكن ما هو المصدر المباشر للحق، أو المصدر القريب له. **المصدد القريب للحق** هو الذى يؤدى مباشرة إلى وجود حق معين لشخص معين. ولذلك نقصد بالمصدر المباشر للحق هو السبب الذى يرتب القانون على حصوله خلق حق من الحقوق أو نقله من شخص لآخر. والمصدر المباشر للحق على هذا النحو قد يكون واقعة قانونية Fait juridique، أو تصرف قانونى[2] Acte juridique .

---

(١) هذا التصنيف يقابل التصنيف التشريعى لمصادر الحق أو الإلتزام حيث عددها القانون فى خمسة، العقد، الإرادة المنفردة، العمل غير المشروع، الأثراء بلا سبب فى الفقه الفرنسى التقليدى تقسم مصادر الإلتزام إلى:

- العقد وهو توافق إرادتين على إنشاء التزام أو أكثر فى ذمة كل من المتعاقدين أو فى ذمة أحدهما.
- شبه العقد quasi - contrat (م. ١٣٧١ مدنى فرنسى) وهو يتمثل فى الأعمال الإرادية المحضة الصادرة من الإنسان. والتى ينشأ عنها التزام قبل شخص آخر، وأحياناً ينشأ عنها التزامات متبادلة بين الطرفين - ومثال ذلك الفضالة، ودفع غير المستحق.
- الجريمة délit (م. ١٣٨٢ مدنى فرنسى وما بعدها) وهى تتمثل فى كل فعل ضار يأتيه فاعله متعمد الاضرار بالغير، كاتلاف مال الغير عمداً.
- شبه الجريمة quasi - délit وهى تمثل أيضاً الفعل الضار ولكن دون أن يتضمن قصد الاضرار بالغير، فهو يصدر عن إهمال أو رعونة أو عدم احتياط هذا التقسيم متأثر بشدة بالقانون الرومانى.

(٢) انظر بصفة أساسية السنهورى، التصرف القانونى والواقعة القانونية، دروس لقسم الدكتوراه ١٩٥٣ - ١٩٥٤.

والواقعة القانونية هى كل حدث أو عمل مادى يرتب القانون عليه أثراً معيناً، سواء كان هذا الأثر إنشاء حق أو تعديله أو نقله أو زواله.

وقد تكون هذه الواقعة **واقعة طبيعية**، أى تحدث دون تدخل الإنسان، كالميلاد، والوفاء، والفيضانات والزلازل. فواقعة الميلاد يترتب عليها أثر قانونى وهو ثبوت كافة الحقوق التى تترتب على اعتبار الشخص عضواً فى أسرة معينة. وكذلك واقعة الوفاة، يترتب عليها أثر قانونى، وهو ثبوت الحق فى الإرث للورثة.

كما أن هذه الواقعة يمكن أن تكون **واقعة من فعل الإنسان**، ويرتب عليها القانون آثار معينة بصرف النظر عن نية من صدر عنه الفعل أو اتجاه إرادته. فالقانون يرتب الآثار على مجرد الفعل دون النظر لإرادة صاحبه فيما إذا اتجهت إلى ترتيب هذه الآثار أو لم تتجه، مثل ذلك الفعل الضار أو العمل غيز المشروع، فبمجرد وقوع الفعل يرتب عليه القانون أثره وهو ثبوت الحق فى التعويض للمضرور سواء اتجهت إرادة المسؤول إلى ذلك أو لم تتجه.

أما التصرف القانوني، فيقصد به اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين، سواء أكان هذا الأثر إنشاء أم تعديل أم نقل أم إنهاء حق من الحقوق. ومثاله العقد، والتصرف القانونى بالإرادة المنفردة.

- يتضح مما تقدم أن **الفارق الجوهري** بين الواقعة القانونية والتصرف القانونى **يكمن في الارادة، من حيث وجودها ودورها.**

- فالإرادة فى التصرف القانونى هى جوهره، بحيث لا يتصور وجوده بدونها. بينما فى الواقعة القانونية قد توجد، كما فى الواقعة الاختيارية، وقد لا توجد، كما فى الواقعة الطبيعية. وإذا وجدت فى الواقعة القانونية فإن وجودها يتمثل فقط فى مجرد إتيان العمل المادى المكون لهذه الواقعة دون أدنى علاقة بجوهرها. حيث أن جوهرها ليس إلا العمل المادى الذى يرتب عليه القانون الأثر.

- كما أن دور الإرادة ومداها يختلف فى التصرف القانونى عنه فى

الواقعة القانونية. فالإرادة فى التصرف القانونى لا تتجه إلى إيجاد التصرف فحسب وإنما هى تحدد أيضاً الآثار المترتبة عليه. أما فى الواقعة القانونية، فى الحالات التى توجد فيها الإرادة، فإن دورها يقتصر على مجرد إتيان الأفعال المادية المكونة لهذه الواقعة فحسب، أما الآثار القانونية فإن القانون هو الذى يتولى ترتيبها سواء اتجهت الإرادة إلى ذلك أو لم تتجه، فلا يكون لوجودها أى اعتبار فى ترتيب القانون لهذه الآثار.

نخلص مما تقدم أن التصرف القانونى عمل إرادى محض تتجه فيه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين، أما الواقعة القانونية فهى واقعة مادية من فعل الطبيعة أو من فعل الإنسان ويرتب القانون عليها أثراً معيناً، ولو لم تكن هناك إرادة تتجه إلى إحداث هذا الأثر، وإن وجدت فلا عبرة لاتجاهها أو عدم اتجاهها لإحادث هذا الأثر.

- ويترتب علي هذه التفرقة، اختلاف فى القواعد القانونية المنظمة لكل منهما. فالقواعد القانونية للتصرف القانونى تدور كلها حول الإرادة باعتبارها جوهر لهذا التصرف. فتنظم هذه القواعد وجود الإرادة والتعبير عنها وكيفيته وشروط صحتها، سواء من حيث توافر الأهلية اللازمة أو من حيث سلامتها من العيوب، وكذلك محل الالتزام وشروطه، وسببه وشروطه. بالإضافة إلى ذلك تنظم القواعد القانونية آثار العقد، سواء من حيث الموضوع أو من حيث الأشخاص وكيفية تنفيذه وما إلى ذلك مما يدرس فى صلب نظرية العقد أو الإرادة المنفردة[1].

وتتجلى أهمية هذه التفرقة أيضاً فى مجال الإثبات. فحيث أن التصرف القانونى عمل من أعمال الإرادة فإنه يكون عن قصد وتدبر ولذلك عادة ما يعد أطرافه العدة لإثباته، وخاصة كتباته. ولذلك نجد أن القاعدة فى إثبات التصرفات القانونية هى إشتراط الكتابة. بينما الواقعة القانونية تقع فى الغالب دون سبق توقع أو إعداد، ولذلك فإن استلزام نوع معين من الأدلة بصددها يجعل من المستحيل إثباتها، فلا يعقل مثلاً أن يطالب شخص بدليل كتابى

---

(١) انظر نبيل سعد، النظرية العامة للإلتزام، الجزء الأول، مصادر الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥.
- الكتاب الأول، المصادر الإرادية، ص ٢١ وما بعدها.

لإثبات جريمة ما عندما يطالب بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جرائها، ولذلك كانت القاعدة بصددها هى جواز إثباتها بكافة طرق الإثبات[1].

ولنعرض الآن لكل من الواقعة القانونية والتصرف القانونى.

المطلب الأول

الواقعة القانونية

Le fait juridique

تمهيد وتقسيم

القانون قد يعتد بوقائع أو أحداث معينة فيرتب على تحقيقها وجود الحق. هذه الوقائع أو الأحداث قد تكون من فعل الطبيعة، وقد تكون من صنع الإنسان. والأحداث أو الوقائع التى تدخل الإنسان فيها قد تكون وقائع مادية يترتب عليها آثار قانونية حتى ولو لم تتجه الإرادة إلى إحداثها وقد يرتب القانون الآثار على مجرد اتجاه إرادة الشخص إلى إحداثها.

والواقعة التى نعنيها فى هذا المجال تنصرف إلى الواقعة المادية سواء كانت من فعل الإنسان أو من فعل الطبيعة. والواقعة القانونية إذا كانت من فعل الطبيعة فإنها تحدث دون أن يكون للإنسان دخل فى حدوثها، ويترتب عليها آثار قانونية إذ قد تكون سبباً فى اكتساب الحق أو فى انقضائه. إذا كانت من فعل الإنسان فإن القانون يرتب عليها آثارها بصرف النظر عن نية من صدر عنه الفعل أى سواء اتجهت الإرادة إلى هذه الآثار أم لم تتجه فالقانون فى هذا الصدد لا يعتد بالإرادة ولكن يعتد بالفعل المادى فقط، فالواقعة القانونية هى كل حدث يرتب القانون عليه أثراً معيناً.

أولاً: الواقعة الطبيعية Fait naturel:

وهى التى تحدث بفعل الطبيعة دون أن يكون للإنسان دخل فى حدوثها وكثيراً ما يترتب عليها من آثار قانونية، فتكون سبباً فى اكتساب الحقوق أو

---

(١) انظر نبيل سعد، الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ٢٠٠٠، ص ٤٩.

انقضائها فالميلاد واقعة يترتب عليها اكتساب المولود حقوق معينة، والوفاة واقعة طبيعية يترتب عليها انتقال أموال المتوفي إلى ورثته، وكذلك الزلازل والفيضانات وهبوب العاصفة ونزول الصواعق أحداث طبيعية قد تكون القوة القاهرة التى تعفى المدين من التزامه. والواقعة الطبيعية يترتب عليها نشوء الحق أو انقضاؤه ويستوى أن يكون هذا الحق حقا عيناً أم حقاً شخصياً.

ففى مجال الحقوق العينية، الموت، ينشئ للوارث حقاً فى ملكية نصيبه من أموال المورث. والالتصاق يكسب حق ملكية: فى حالة الأرض التى تتكون من طمى يجلبه النهر بطريقة تدريجية غير محسوسة فإنها تكون ملكاً للملاك المجاورين.

ثانياً: الوقائع التي من فعل الإنسان Faits de l'homme:

هى الأعمال المادية التى تصدر من الإنسان فيترتب عليها آثار قانونية بصرف النظر عن نية من صدرت منه: أى سواء قصدت نتائجها أم لم تقصد فالعبرة بالفعل المادى. وهذه الوقائع هى الأخرى قد تكون مصدراً للحقوق العينية أو الحقوق الشخصية.

وقد عدد المشرع من بين مصادر الحق الشخصى، أو حق الدائنية أى الالتزام واقعتين ماديتين وهما الفعل النافع والفعل الضار. ولكن إلى جانب هاتين الواقعتين توجد وقائع أخرى يرتب القانون عليها نشوء الالتزام.

(أ) الفعل النافع:

أو الإثراء بلا سبب، وقد نص القانون المدنى فى المادة ١٧٩ على أن كل شخص ولو كان غير مميز يثرى دون سبب مشروع على حساب شخص آخر، يلتزم فى حدود ما أثرى به، بتعويض هذا الشخص عما لحقه من خسارة، ويبقى هذا الالتزام قائماً، ولو زال الإثراء فيما بعد، وإلى جانب هذه القاعدة العامة قد وضع المشرع الأحكام التفصيلية لواقعتين نافعتين كتطبيقات للإثراء بلا سبب هى دفع غير المستحق والفضالة.

(ب) الفعل الضار:

وقد وضع المشرع في هذا الشأن القاعدة العامة التي بمقتضاها كل خطأ سبب ضرراً يلتزم من ارتكبه بالتعويض (م ١٦٣ مدني)، وعلى ذلك ترتب الآثار على الفعل سواء تم عن عمد أم عن غير عمد، أم نتيجة إهمال وهو ينشئ في ذمة من وقع عنه التزاماً بتعويض المضرور. وهذا ما يسمى بالمسؤولية التقصيرية، وهي تقوم على أركان ثلاثة خطأ، ضرر، رابطة سببية بينهما، فإذا ما توافرت هذه الأركان تقوم المسئولية ويترتب الحق في التعويض.

وإلى جانب الفعل النافع والفعل الضار توجد وقائع أخرى كثيرة يرتب القانون عليها حقوق، كواقعة الجوار، إذ قد تكون أضرار الجوار غير المألوفة سبباً في نشوء الحق في التعويض. كما أن واقعة القرابة قد تكون سبباً في نشوء الحق في النفقة.

وفي مجال الحقوق العينية توجد وقائع يرتب القانون عليها اكتساب الحقوق، كالاستيلاء على المنقولات، وهو وضع اليد بنية التملك على عين من الأعيان التي لا يوجد عليها حق لشخص، وهي الأشياء المباحة، كالسمك في البحر والطير في الهواء والأشياء المتروكة. وسبب نشوء الحق هنا هو الفعل المادي، وهو الاستيلاء ذاته. كما أن يمكن اكتساب الحقوق عن طريق الحيازة (الإحراز). فالحيازة في المنقول المستندة إلى سبب صحيح والمقترنة بحسن نية تؤدي إلى اكتساب ملكية المنقول أو الحق العيني عليه في الحال. كما أن الحيازة في العقار بشروط معينة تؤدي إلى كسب ملكيته بالتقادم، وهذا هو التقادم المكسب.

المطلب الثاني

التصرف القانوني

L'acte juridique

وهنا سنعرض لتعريف التصرف القانوني وأنواعه، ثم نبين بعد ذلك الشروط الواجب توافرها في التصرف القانوني.

أولا: تعريفه وأنواعه:

وسنبين فى هذا الصدد ما هية التصرف القانونى ودوره، ثم نقوم بعد ذلك بتصنيف التصرفات القانونية.

١- ماهية ودوره:

- **التصرف القانوني** هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الحق أو نقله أو تعديله أو انقضائه، وعلى ذلك فإن الإرادة تلعب دوراً جوهرياً فى التصرف القانونى بعكس الحال فى الواقعة القانونية على النحو السابق بيانه.

- والتصرفات القانونية إما أن تكون بالتقاء إرادتين كما هو الشأن بالنسبة للعقود كالبيع والإيجار، أو قد تكون من جانب واحد إذ يكفى لتمام التصرف اتجاه إرادة شخص واحد نحو إحداث الأثر القانونى.

- والتصرف القانونى قد يترتب عليه إنشاء حقوق معينة لأطرافه.

ففى البيع مثلاً نجد أن البائع يلتزم بنقل ملكية الشئ المبيع وتسليمه مقابل التزام المشترى بدفع الثمن. ونجد أن المشترى يلتزم بدفع الثمن فى مقابل التزام البائع بنقل ملكية الشئ المبيع وتسليمه. كما أن التصرف القانونى بالإرادة المنفردة قد ينشئ حقاً شخصياً، كالوعد بالجائزة، حيث ينشئ حقاً شخصياً لمن يقوم بالعمل الذى رصدت له الجائزة. كما أن العقد قد ينشئ حقاً عينياً، كحق الملكية، كبيع المنقول المعين بالذات حيث أن الملكية تنتقل بقوة القانون من وقت إبرام العقد، كما أن التصرف القانونى بالإرادة المنفردة قد ينشئ أيضاً حقاً عينياً، كالوصية.

والتصرف القانونى قد يترتب عليه نقل الحق أو تعديله أو انقضاءه. ففى الحقوق الشخصية يمكن نقلها عن طريق الحوالة، وكذلك يمكن أن ينقضى الحق الشخصى بالتجديد، أو الإبراء. والحق العينى ينقضى بالنزول عنه، كالنزول عن حق الرهن أو حق ارتفاق.

وقد يكون التصرف القانونى وسيلة لتأكيد وجود العقد، كإجازة العقد القابل للإبطال، أو لنفاذ العقد كالإقرار، أو تثبيت الحق الشخصى وتأكيده،

كإبداء الرغبة من جانب المنتفع فى الاستفادة من الاشتراط لمصلحة الغير.

٢- تصنيف التصرفات القانونية:

وسنقتصر هنا على ذكر أهم تقسيمات التصرفات القانونية، حيث أن هذا الموضوع أدخل فى دراسة نظرية الالتزام منه هنا.

(أ) التصرف من جانب أحد والتصرف من جانبيين

Acte unilateral et acte conventionnel

– **التصرف القانوني من جانب واحد** هو التصرف الذى يكفى لقيامه وجود إرادة واحدة، فهى حدها كافية. وهذا التصرف القانونى من جانب واحد يقصد به اتجاه هذه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى، أياً كان هذا الأثر. فقد يكون هذا الأثر إنشاء الالتزام، مثل الوعد بجائزة، والإيجاب الملزم، وإنشاء المؤسسة الخاصة، وقد يكون سبباً لإنشاء حق عينى، كالوصية، أو سبباً لإنهائه، كالنزول عن حق رهن أو حق ارتفاق. وقد يكن هذا الأثر تأكيداً وجود عقد، كإجازة العقد القابل للإبطال، وقد تنهى العقد فى حالات معينة، كعزل الوكيل، أو إنهاء العقد غير المحدد المدة بصفة عامة، وقد يكون نفاذ العقد فى حق شخص معين، كالإقرار. وقد تقوم الإرادة المنفردة بتثبيت الحق الشخصى وتأكيده، كإبداء الرغبة من جانب المنتفع فى الاستفادة من الاشتراط لمصلحة الغير، كما أنها قد تؤدى إلى بإنقضائه، كالإبراء[١].

– **والتصرف من جانبين**، يكون ثمرة تلاقى إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانونى معين، سواء كان هذا الأثر إنشاء حق أو نقله أو تعديله أو إنهائه على النحو السابق بيانه. هذا العقد إذا كان أثره هو إنشاء الالتزام، فإنه قد يكون عقد ملزم للجانبين أو عقد ملزم لجانب واحد[٢]. **والعقد الملزم للجانبين** هو العقد الذى ينشئ التزامات متقابلة فى ذمة كل من المتعاقدين، بحيث يكون كل منهما دائناً ومديناً فى الوقت نفسه للطرف الآخر. مثل عقد البيع والإيجار والمقاولة والعمل والشركة.. إلخ.

---

(١) انظر مؤلفنا فى مصادر الإلتزام السابق الإشارة إليه، ص ٣٢٦.

(٢) انظر نفس المرجع، ص ٦٣.

أما العقد الملزم لجانب واحد فهو العقد الذى لا ينشئ التزمات إلا فى جانب أحد المتعاقدين، بحيث يكون أحد المتعاقدين مديناً غير دائن والمتعاقد الآخر دائناً غير مدين، مثل ذلك الهبة والوديعة والوكالة بغير أجر.

ومما تجدر ملاحظته فى هذا الصدد أمرين:

الأمر الأول: أن نظرية العقد تطبق على التصرف القانونى من جانب واحد، أو بالإرادة المنفردة فى الحدود التى لا تتعارض مع طبيعته.

الأمر الثاني: أن التصرف القانونى من جانب واحد، أو بالإرادة المنفردة يعتبر مصدراً للالتزام فى حالات خاصة ينص عليها القانون إلى جانب العقد باعتباره مصدر إرادياً عاماً للإلتزام.

(ب) تصرفات التبرع وتصرفات المعارضة

Actes à titre gratuit et actes à titre onéreux:

- **وتصرف التبرع** هو الذى لا يأخذ فيه أحد المتعاقدين مقابلاً لما يعطى، مع انصراف النية إلى ذلك. ومثاله عقد الهبة وعقد العارية.

- **وتصرف المعارضة:** هو الذى يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطاه، ومثاله عقد البيع والمقايضة والإيجار وعقد العمل.

يذهب الفقه إلى التميز فى عقود التبرع بين الهبات وعقود التفضل. ففى الهبة يخرج مال من ذمة الواهب بغير مقابل. أما فى عقد التفضل فيقدم المتبرع بغير مقابل خدمة أو منفعة للمتبرع له دون أن يخرج مال من ذمته، مثل ذلك عارية الاستعمال والوكالة والوديعة بغير أجر. فالهبة أشد خطراً من عقود التفضل لذلك جرت كثير من التشريعات الحديثة على اشتراط الشكلية فى الهبات المباشرة دون عقود التفضل.

كما ذهب الفقه إلى التمييز فى عقود المعارضة بين العقود المحددة والعقود الاحتمالية. فالعقد المحدد هو العقد الذى يكون فيه لكل من المتعاقدين أن يحدد وقت إبرام العقد قدر ما يأخذ وقدر ما يعطي. مثال ذلك عقد بيع شئ معين بمبلغ نقدى محدد كثمن وقت إبرام العقد أو تأجير شئ معين لقاء مبلغ نقدي محدد كأجره وقت إبرام العقد. فهنا نستطيع أن نتبين

وقت التعاقد مدى ما يعطيه وما يأخذه كل من البائع والمشترى أو المؤجر والمستأجر.

- أما العقد الاحتمالي فهو ذلك الذى يكون الأداء الذى التزم به أحد الطرفين متوقفاً فى مقداره أو فى وجوده على أمر غير محقق الوقوع، على مجرد احتمال، بحيث لا يمكن وقت التعاقد تحديد القدر الذى يعطيه أحد الطرفين أو القدر الذى يأخذه، فلا يعرف وقت التعاقد أى العاقدين سينال ربحاً وأيهما ستصيبه الخسارة. ومن أمثلته عقد التأمين على الحياة، وعقد البيع الذى يكون الثمن فيه إيراداً يؤديه المشترى للبائع مدى حياته.

(جـ) التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة[1]

Actes constitutifs et actes déclaratifs

- **التصرف المنشئ** هو التصرف الذى ينقل حق موجود من قبل أو ينشئ هذا الحق ابتداء. ويركز الفقه عادة على النوع الأول منه وهى التصرف الناقل Acte translatifs ومثاله عقد البيع حيث ينقل ملكية مال معين، وكذلك عقد الهبة. وينطبق هذا أيضاً على التنازل عن العقد. ومثال التصرف المنشئ للحق ابتداء عقد الرهن، أو العقد الذى نشئ حق ارتفاق على عقار لفائدة عقار آخر.

- **أما التصرف الكاشف أو المقرر،** هو التصرف الذى يقتصر أثره على إقرار بطريقة رسمية، أو الكشف عن حق أو مركز قانونى موجود من قبل[2] فالاعتراف بالبنوة الطبيعية غير الشرعية فى القوانين التى تجيز ذلك، وكذلك عقد الصلح وعقد القسمة.

وتبدو أهمية التفرقة بين التصرفات المنشئة والتصرفات الكاشفة فى بعض الأمور، كعدم صالحية التصرفات الكاشفة بأن تكون سبباً صحيحاً لاكتساب الحقوق العينية بالتقادم القصير، لأن السبب الصحيح يقصد به فى هذا المجال التصرف الصادر من غير مالك والذى من شأنه نقل الحق لو أنه كان صادراً من صاحب الحق. وكذلك فى مجال التسجيل، حيث أن

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك حسن كيره، المرجع السابق، فقرة ٣٦٧، ص ٧٠٢.

(٢) انظر فى تعريف اخر حسن كيره، نفس المرجع.

التصرفات المنشئة لحق من الحقوق العينية الأصلية لا تنتج أثرها سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير إلا بالتسجيل، أما بالنسبة للتصرفات الكشافة لحق من الحقوق العينية الأصلية فإنه يلزم التسجيل للاحتجاج بها في مواجهة الغير فقط، حيث أنها ترتب أثرها فيما بين المتعاقدين دون حاجة إلى تسجيل هذا بالنسبة لقانون الشهر العقارى. أما بالنسبة لقانون السجل العينى فيشترط التسجيل فى جميع الأحوال دون تمييز.

ثانيا: شروط التصرف القانوني:

التصرف القانونى هو اتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانونى معين، سواء كان هذا الأثر هو إنشاء الحق أو نقله أو تعديله أو انقضائه، وعلى ذلك فإن الإرادة تلعب دوراً جوهرياً فى التصرف القانونى بعكس الحال فى الواقعة القانونية.

والتصرفات القانونية إما أن تكون من جانب واحد كالإقرار والوصية إذ يكفى لتمام التصرف اتجاه إرادة شخص واحد نحو إحداث الأثر القانونى. وقد تكون بالتقاء إرادتين كما هو الشأن بالنسبة للعقود كالبيع والإيجار.

وعلى خلاف الواقعة القانونية، فإن للتصرفات القانونية نظرية عامة تبين الشروط اللازم توافرها فى الإرادة والأثر القانونى الذى يترتب على ذلك، ولما كانت الإرادة هى قوام التصرف القانونى، إذ هى تنشئه، كما تحدد الآثار التى يرتبها فإنه يلزم أن تتوافر فيها الشروط الآتية:

١- يجب أن توجد إرادة يعتد بها القانون، بمعنى أن يصدر التعبير عن شخص ذى أهلية، والمقصود بالأهلية فى هذه الحالة أهلية الأداء[(١)].

٢- يجب أن يتم التعبير عن الإرادة فى العالم الخارجى، بحيث لا تظل حبيسة فى نفس صاحبها. والتعبير عن الإرادة قد يكون صريحاً، أى يتم بأقوال وعبارات صريحة مباشرة تفصح عن من صدرت عنه، وإما أن يكون ضمنياً، أى لا يدل على المقصود منه دلالة مباشرة وإنما يدل عليه بطريق غير مباشر[(٢)].

---

(١) انظر مؤلفنا فى مصادر الإلتزام السابق الإشارة إليه، ص ٩٣، ص ١٦١.

(٢) نفس المرجع، ص ٩٤ وما بعدها.

٣- يجب أن يكون لكل تصرف قانونى سبب، كما يجب أن يكون الباعث الدافع للإرادة مشروعاً [1]، وأن ترد على محل مشروع [2].

٤- يجب أن تكون الإرادة خالية من العيوب، وعيوب الإرادة هى الغلط والتدليس والإكراه والاستغلال [3].

وكما سبق أن قلنا إن الإرادة قوام التصرف القانونى، على ذلك فهى تتمتع فى هذا الصدد بسلطان فى إنشاء الحقوق ونقلها وتغيرها وانقضائها متى توافرت فيها الشروط السابقة بيانها. ولذلك فقد سادت نظرية التصرف القانونى مبدأ سلطان الإرادة. ويقصد بهذا المبدأ أن الإرادة وحدها تكفى لإنشاء التصرف القانونى وأنها حرة فى تعيين الآثار التى تترتب عليه. وهذا المبدأ لم يكن معترفاً به فى القوانين القديمة، وقد كان سائداً بل يعتبر مركز الثقل الذى تدور حوله نظرية التصرف القانونى فى القرن التاسع عشر [4]. ومع التطورات الاقتصادية والاجتماعية والسياسية التى حدثت فى القرن العشرين جعلت هذا المبدأ يتراجع وينحسر بعض الشئ وأهم مظاهر هذا التراجع أو الانحسار تبدو فى ناحيتين:

١ – **القواعد القانونية الآمرة:** وتزداد هذه القواعد فى المجتمعات الحديثة على إثر تدخل الدولة فى تنظيم العلاقات بين الأفراد، كتدخلها فى تحديد الأسعار وتنظيم العلاقات بين الملاك والمستأجرين وما إلى ذلك، وبصدد هذه القواعد لا تملك إرادة الأفراد مخالفتها أو الاتفاق على خلافها.

٢– **الشكلية** قد يشترط القانون شكلاً معيناً لقيام التصرف فى بعض الأحيان فلا يكفى أن تتلاقى إرادة الأطراف وإنما يلزم أن تصاغ هذه الإرادة فى شكل معين حتى يتوافر للتصرف الوجود القانونى. ولذلك يعتبر الشكل ركناً فى التصرف ولا يتم بدونه مثال ذلك الهبة (م ٤٨٨) الرهن الرسمى (م ١٠٣١ مدنى) [5].

---

(١) نفس المرجع، ص ٢١٢.

(٢) نفس المرجع، ص ٢٠٣

(٣) المرجع السابق، ص ١٦١ وما بعدها.

(٤) المرجع السابق، ص ٣١، وما بعدها.

(٥) المرجع السابق، ص ٤٣، وما بعدها.

وعلى ذلك فإن من التصرفات القانونية ما يكون رضائياً وهذا هو الأصل ومنها ما يكون شكلياً هذا هو الاستثناء. وقد يقصد المشرع من وراء اشتراط شكل معين تحقيق الحماية لأحد الأطراف، أو اعلام الغير أو تحقيق مصلحة العامة.

المبحث الثاني
إثبات الحق[1]

الإثبات بمعناه القانوني «هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والإجراءات التى حددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع عليها تصلح أساساً لحق مدعى به»[2].

إن قواعد الإثبات تحتل أهمية خاصة، إذ أن الحق - وهو موضوع التقاضى - يتجرد من كل قيمة إذا لم يقم الدليل على الحادث الذى يستند إليه، فالدليل هو قوام حياته ومعقد النفع فيه وقد قيل بحق «أن الحق مجرداً من دليله يصبح عند المنازعة فيه والعدم سواء»[3] بالرغم من أن الإثبات ليس عنصراً من عناصر الحق وإنما أمر خارج عنه حيث أن الحق ينشأ من مصادره طبقا للقانون بصرف النظر عن وسيلة إثباته.

إن من أهم وظائف القانون تنظيم نشاط الأفراد فى المجتمع وعلاقاتهم فيه عن طريق تقرير ما لهم من حقوقه وما عليهم من التزامات. ويهدف القانون من وراء ذلك أن يلتزم كل شخص حدوده ويؤدى ما عليه، ويراعى حقوق غيره، بحيث يأخذ كل ذى حق حقه فتستقيم الحياة ويسودها الهدوء والاستقرار وتنعدم بذلك أسباب النزاع والشقاق بين الناس.

غير أن الإنسان بطبعه وطبيعته مجبول على الأثرة، ميالاً إلى الاستزادة مما له والتخلص مما عليه ولو دون حق، فكان ذلك مثاراً للمنازعات بين الأفراد. فى المجتمعات البدائية كان كل فرد يقتص لحقه بنفسه. وعندما

---

(١) انظر نبيل سعد، الإثبات فى المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، ٢٠٠٠.

(٢) انظر المرجع السابق، الإشارة إليه فى هامش ١.

(٣) المذكرة الإيضاحية لقانون الإثبات رقم ٢٥ سنة ١٩٦٨.

تطور المجتمع وظهرت السلطة المركزية فيه وأصبح تطبيق القانون وتنفيذه من صميم اختصاصاتها أضحى من المبادئ المستقرة فيه أنه «لا يجوز لشخص أن ينتصف لنفسه بنفسه . وذلك حتى يسود السلم والأمن فى المجتمع. فعند المنازعة يجب الالتجاء إلى القضاء لفض النزاع طبقاً للقانون وتمكين صاحب الحق من حقه ورد اعتداء المعتدى.

وبذلك يتبدى لنا أهمية الإثبات حيث أن كل من تحدثه نفسه بالافتئات على حق لغيره أو التخلص من واجب عليه نحو الغير أن يتخذ له من القانون سنداً، فينكر أن القانون يفرض عليه هذا الواجب أو يدعى أن توافر لديه سبباً قانونياً لإنقضاء ما عليه من التزام، أو يجحد أن القانون قد خول الغير هذا الحق. فالإثبات إذن سياج لحرية الشخص وأداة لحماية الحق.

كما أن الإثبات يحقق الصالح العام حيث أنه يهدف إلى تحقيق غايات عملية هى الفصل فى المنازعات وحماية الحقوق. فالإثبات يعتبر الأداة الضرورية التى يعول عليها القاضى فى التحقق من الوقائع القانونية، والوسيلة العملية التى يعتمد عليها الأفراد فى صيانة حقوقهم المترتبة عن تلك الوقائع. وبذلك أضحى الإثبات ركن ركين فى كل تنظيم قضائى بات من الضرورى أن ينظم المشرع قواعده ويفصل أحكامه.

وسنعرض باختصار شديد للقواعد الموضوعية العامة للإثبات، ثم نبين بعد ذلك طرق الإثبات.

المطلب الأول

القواعد الموضوعية العامة في الإثبات

هنا سنعرض على التوالى لأشخاص الإثبات، ولمحل الإثبات، ولعبء الإثبات.

أولاً: أشخاص الإثبات:

سبق أن رأينا أن الإثبات هو إقامة الدليل أمام القضاء بالطرق والإجراءات التى حددها القانون على وجود أو صحة واقعة قانونية متنازع عليها تصلح أساساً لحق مدعى به.

فالإثبات القانونى يقوم به الخصوم فى ساحة القضاء. لذلك نجد أن

أشخاص الإثبات هم الخصوم من ناحية والقاضى من ناحية أخرى. ولذلك يجب الوقوف على دور كل منهم فى الإثبات.

١- الخصوم وحقهم في الإثبات:

- الحق في الإثبات ومبدأ المجابهة بالدليل:

المبدأ فى قانون المرافعات أن المدعى ملك الخصوم. كما أن من المبادئ الأساسية فى التقاضى حق الخصم فى مناقشة الأدلة التى تقدم فى الدعوى.

وعلى ذلك فإن الإثبات حق للخصوم. وآية ذلك أنه إذا كان الإثبات عبئاً يفرض على المدعى لإثبات ما يدعيه وتقديم الدليل على ادعائه فهو في نفس الوقت حق له لا يستطيع القاضى أن يحرمه منه و يحجبه عنه وإلا كان حكمه مشوباً بعيب ويستوجب نقضه. فإذا توافرت فى الواقعة محل الإثبات شرائط إثباتها فإنه ينشأ للمدعى حق فى إقامة الدليل على قيام هذه الواقعة وصولاً للأثر القانونى الذى يدعيه، وكان للخصم الآخر حق إثبات عكس هذه الواقعة أى حق نفيها أو طلب استبعادها إذا لم تتوافر شروطها كمحل للإثبات. وعلى القاضى فى الحالتين أن يمكن الخصم من إعمال حقه فى الإثبات، سواء كان إثباتاً إيجابياً أو سلبياً وإلا يكون مخلاً بحق الخصم فى الدفاع مخالفاً للقانون.

وتطبيقاً لهذا تنص المادة ٦٩ من قانون الإثبات المصرى على أن «الإذن لأحد الخصوم بإثبات الواقعة بشهادة الشهود، يقتضى دائماً أن يكون للخصم الآخر الحق فى نفيها بهذا الطريق».

- حدود حق الخصوم في الإثبات:

سبق أن وقفنا على المقصود بحق الخصم فى الإثبات ومضمون هذا الحق فيجب علينا الآن أن نعرض لحدود هذا الحق.

١- يتقيد حق الخصوم فى الإثبات بالطرق التى حددها القانون. فلا يجوز له إثبات بغير الكتابة ما لا يجوز إثباته إلا بها، كما لا يجوز له أن يجتزئ من الإقرار ما يفيده حيث لا يجوز تجزئة الإقرار.

٢- يتقيد حق الخصوم بالإجراءات والأوضاع التى رسمها القانون لتقديم الدليل.

٣- يتقيد حق الخصوم فى الإثبات بما يتمتع به القاضى من دور إيجابى فى إجراءات الإثبات، ومن سلطة تقديرية فى تقدير الأدلة.

٤- يتقيد حق الخصوم بمبدأ أساسى وهو لا يجوز للخصم أن يصطنع دليلاً لنفسه. كما لا يجوز إجبار الشخص على تقديم دليل ضد نفسه.

٢- القاضي ودوره في الاثبات:

وهنا نعرض لمبدأ حياد القاضى فى الإثبات، ثم نبين بعد ذلك دور القاضى فى القوانين الحديثة.

- مبدأ حياد القاضي Neutralité du juge:

قد يتبادر إلى الذهن أنه يقصد بمبدأ حياد القاضى عدم تحيزه impar-tialiteé، لكن فى الواقع ليس هذا هو المقصود بحياد القاضى، حيث أن عدم تحيزه يعد بديهية فى النظام القضائى.

ولكن للوقوف على المدى الحقيقى لمبدأ حياد القاضى يجب تحديد طبيعة التنظيم القانونى لقواعد الإثبات الذى يعمل القاضى فى ظله. فإذا كان هذا التنظيم مقيداً فإن دور القاضى يكون سلبياً بحتاً، وإذا كان هذا التنظيم حراً طليقاً فإن دور القاضى يكون إيجابياً، ويكن له سلطة تقديرية واسعة فى استكمال الدليل وتوجيه الخصوم. أما إذا كان هذا التنظيم مختلطاً، فإن دور القاضى ينشط ويتمتع بقدر من السلطة فى توجيه الخصوم واستكمال الأدلة واستيضاح ما أبهم من وقائع بالرغم من أنه يعمل فى ظل طرق إثبات محددة، وقيمة كل منها مقدرة.

وعلى ذلك فإن مبدأ حياد القاضى يتجلى بوضوح تام فى ظل نظام الإثبات المقيد. ويقصد به أن يكون دور القاضى سلبياً فى الدعوى فلا يقدم دليلاً فيها، وليست له سلطة فى توجيه الخصوم أو استكمال الأدلة، ولا يحكم بعلمه الشخصى وإنما يقتصر دوره على تقدير ما يقدمه له الخصوم من الأدلة التى حددها القانون.

ويترتب على مبدأ حياد القاضى بهذا المعنى أن أى دليل يستند إليه القاضى فى قضائه لابد وأن يكون مقدماً من أحد الخصوم، ولابد أن يكون الخصم الآخر على علم به، إذ لكل خصم الحق فى مناقشة كل ما يقدم فى

الدعوى من أدلة. ولهذا لا تملك المحكمة أن تأخذ بدليل لم يعرض على الخصوم لمناقشته أو تأخذ بدليل قد تمت مناقشته في قضية سابقة. ولهذا كان منطقياً منع القاضى من الحكم بعلمه الشخصى لأنه لو أجيز ذلك لكان من الجائز أيضاً لأى من الخصوم مناقشة هذا الدليل، وهو ما يؤدى إلى أن ينزل القاضى منزلة الخصوم، فيكون خصماً وحكماً فى نفس الوقت وهذا ما لا يجوز. ولا يعد من قبيل قضاء القاضى بعلمه أن يكون ما يحصله قد استقاه من خبرته بالشؤون العامة والتى يفترض فى الكافة الإلمام بها.

هذا المظاهر المترتبة على مبدأ حياد القاضى لم تختف كلية من القوانين الحديثة، بل أن الأصل ما زال هو أن القاضى لا يتدخل فى الإثبات، مع إيراد بعض الاستثناءات على هذا الأصل يقصد بها تمكين القاضى من الوصول إلى الحقيقة. هذا ما يجرنا إلى معرفة مدى دور القاضى فى القوانين الحديثة للإثبات وهذا هو موضوع الفقرة التالية.

- دور القاضي في القوانين الحديثة للإثبات:

استقرت القوانين الحديثة على إعطاء القاضى دوراً إيجابياً. ويتمثل هذا الدور أساساً فى منحه سلطة غير مقيدة بأن يأمر باختصام من يرى إدخاله فى الدعوى لمصلحة العدالة أو لإظهار الحقيقة، ويتمثل أيضاً فى منحه سلطة واسعة بصدد الأمر بالنفاذ المعجل والأمر بالحجز التحفظى».

كما أن المشرع قد حرص على تيسير إجراءات الإثبات وتحقيق قدر من إيجابية القاضى وفعاليته بتزويده بمزيد من حرية الحركة فى هذه المرحلة الهامة من مراحل الدعوى حتى لا يترك كشف الحقيقة رهيناً مبادرة الخصوم وحدهم، والحرص على استقرار الحقوق وسد باب الحيلة أمام طلاب الكيد أو هواة المطل».

ثانياً: محل الإثبات:

١- محل الإثبات الواقعة القانونية:

محل الإثبات ينصب أساساً على الواقعة القانونية، أى مصدر الحق المدعى به، وليس الحق ذاته.

فمحل الإثبات هو الواقعة القانونية بمعناه الواسع، وهو ما يشمل التصرف القانونى والواقعة المادية على السواء، متى نوزعت هذه الواقعة أو أنكرت صحتها والجوهرى فى هذا الصدد هو أن الإثبات يرد على الواقعة القانونية ذاتها، بوصفها مصدراً لحق أو الالتزام، دون هذا الالتزام أو ذاك الحق.

ومحل الإثبات بهذا المعنى هو السبب المنشئ للأثر القانونى المدعى به، سواء كان هذا الأثر هو وجود الحق أو زواله أو إلحاق وصف به.

وبناء عليه عندما يثر نزاع على وجود حق، سواء كان هذا الحق شخصياً أو عينياً، فإن على المدعى أن يثبت مصدر هذا الحق، سواء كان هذا المصدر تصرفاً قانونياً، كعقد أو وصية، أو عملاً مادياً كعمل غير مشروع أو إثراء بلا سبب أو التقادم أو غير ذلك. فإذا ما فلح فى إثبات ذلك فإنه يثبت وجود الحق كأثر قانونى على ثبوت هذا المصدر. وحيث أن الخصومة سجال بين الخصوم، فإن خصمه يستطيع أن يثبت عدم وجود هذا الحق إما عن طريق المنازعة فى وجود أو صحة المصدر ذاته أو عن طريق إثبات سبب آخر أدى إلى انقضاء الحق بعد نشأته أو أدى إلى زواله.

وأسباب انقضاء الحق أو زواله قد تكون أيضاً تصرفات قانونية أو وقائع مادية. ومثل الأولى الوفاء ومثل الثانية التقادم.

(أ) المقصود بالواقعة القانونية:

إذا كنا قد انتهينا إلى أن محل الإثبات، كأصل عام، هو الواقعة القانونية، فما هو المقصود بهذه الواقعة؟

الواقعة القانونية Fait juridique، بالمعنى الواسع هى كل حدث أو أمر يقع بصفة طبيعية أو اختيارية، يرتب عليه القانون أثراً، إما إنشاء لحق جديد أو تعديل أو انقضاء لحق قائم.

والواقعة القانونية قد تكون واقعة مادية Fait matériel أو تصرف قانونى Fait juridique. والواقعة المادية قد تكون واقعة طبيعية كالولادة أو الوفاة أو الزلزال أو الفيضان الذى يشكل قوة قاهرة، وقد تكون فعل الإنسان كارتكاب عمل غير مشروع. أما التصرف القانونى فهو اتجاه الإرادة لإحداث أثر قانون معين، هذا التصرف قد يكون من جانبين، كالعقود، أو من جانب واحد كالإقرار والوصية على النحو السابق بيانه.

ولهذه التفرقة أهمية كبرى فى مجال الإثبات. فالوقائع المادية يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، فهى تقع فى الغالب دون سبق توقع أو إعداد. لذلك فإن استلزم نوع معين من الأدلة بصددها يجعل من المستحيل إثباتها. فلا يعقل مثلاً يطالب شخص بدليل كتابى لإثبات جريمة ما عندما يطالب بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جرائها. وهناك فارق هام بين تقرير واقعة مادية عن طريق الكتابة وبين إثباتها، فقد يحدث كثيراً فى العمل أن يلجأ الأفراد إلى تحرير محضر عن طريق رجال الشرطة فى حالة التلبس بجريمة مثلاً أو اعتداء على حيازة، فالمقصود من وراء ذلك تيسير الإثبات لهذه الوقائع حيث يكون ذلك أكثر ضماناً من شهادة الشهود. وفى بعض الأحيان الأخرى يستلزم القانون إثبات واقعة من الوقائع بالكتابة وذلك لاعتبارات معينة، خشية نسيانها أو لارتباطها بأمور تنظيمية أخرى، وهذا ما يحدث بالنسبة لإثبات الميلاد والوفاة.

ويتضح من ذلك أن واقعة الميلاد ،واقعة الوفاة تثبت فى سجلات، ومع ذلك فإن هذا ليس هو السبيل الوحيد لإثباتهما، لأنه إذا لم يوجد هذا الدليل أو لنا تبين عدم صحة ما جاء به، فإن الإثبات يجوز بأية وسيلة أخرى، حيث أنهما واقعتان ماديتان يمكن إثباتهما بكافة طرق الإثبات.

أما فيما يتعلق بالتصرفات القانونية فإن الأصل هو إثباتها بالكتابة، فيتعين بالنسبة لها تهيئة الدليل مقدماً، ولا يجوز فيها الإثبات بالبينة والقرائن إلا استثناءً بالنسبة للتصرفات التى لا تتجاوز قيمتها ٥٠٠ جنيه[١]. ويرجع ذلك إلى أن طبيعة هذه التصرفات باعتبارها عملاً من أعمال الإرادة فإنه يتم إعدادها عن تدبر لذلك كان من الطبيعى أن تستلزم الكتابة فى إثباتها كقاعدة عامة.

---

(١) م ٦٠ إثبات مصرى، وقد تم تعديل هذه المادة بنص المادة الأولى الفقرة الثالثة من القانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ (الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) فى ١٧/٥/ ١٩٩٩) التى تنص على أن تستبدل عبارة (خمسمائة جنيه) بعبارة (مائة جنيه) أينما وردت فى نص المادتين ٦٠، ٦١ من قانون الإثبات فى المواد المدنية التجارية.

(ب) شروط الواقعة القانونية:

سبق أن رأينا أن محل الإثبات هو الواقعة القانونية. لكن ليس كل الوقائع القانونية تصلح لأن تكون محلاً للإثبات. ويرجع ذلك إلى أن الإثبات يتم فى ساحة القضاء وهذا يتطلب أن يتوافر فى الواقعة المراد إثباتها شروط محددة تمنع من تكدس القضايا وتساعد على سرعة الفصل فى المنازعات. هذه الشروط بعضها منصوص عليه قانوناً والبعض الآخر تقتضيه الطبيعة القضائية للإثبات. وتتلخص هذه الشروط فيما يلى:

١- يجب أن تكون الواقعة محددة تحديداً كافياً حتى يمكن التحقق من أن الدليل الذى سيقدم يتعلق بها لا بغيرها. فالواقعة المجهلة غير قابلة للإثبات.

٢- يجب أن تكون الواقعة ممكنة حتى يمكن إثباتها، فالمستحيل لا يصح عقلاً إثباته ولا يجوز السماح به حرصاً على وقت المكمة.

٣- يجب أن تكون الواقعة متنازعاً فيها لأنه إن لم تكن الواقعة محل نزاع فليس هناك ما يدعو إلى رفعها إلى القضاء وبالتالى لا تكون هناك حاجة لإثباتها.

٤- يجب أن تكون الواقعة متعلقة بالدعوى وذلك حرصاً على عدم إضاعة وقت القضاء فيما لا جدوى من وراء إثباته.

٥- يجب أن تكون الواقعة منتجة فى الدعوى بمعنى أن يكون من شأنها - إذا ثبتت - أن تصل إلى إقناع القاضى بأحقية ما يدعى به، أو تؤدى إلى قيام الحق أو الأثر القانونى المدعى به. فإن لم تكن للواقعة ثمة تأثير فى إقناع القاضى، فلا تصلح أن تكون محلاً للإثبات ولو تعلقت بموضوع الدعوى.

٦- يجب أن تكون الواقعة جائزة الإثبات قانونا، أى لا تكون ممنوع إثباتها قانوناً. وهذا المنع قد يكون لأسباب تتعلق بالنظام العام والآداب أو لأسباب تتعلق بالصياغة الفنية، كالقرائن القانونية القاطعة والقواعد الموضوعية المبنية على الغالب.

٣- القاعدة: أن القانون ليس محلاً للإثبات:

رأينا فيما سبق أن محل الإثبات هو الواقعة القانونية بالمفهوم السابق تحديده. وعلى ذلك فإن محل الإثبات لابد وأن يقتصر، كأصل عام، على تلك الواقعة القانونية، دون الأثر الذى يرتبه القانون على وجودها. وبهذا تقتصر مهمة الخصم على إقامة الدليل على وجود أو صحة واقعة معينة، أما الأثر القانونى المترتب عليها فلا يكون محلاً للإثبات، ولا شأن للخصم به، وإنما شأن المحكمة المعروض عليها النزاع فهى التى تطبق القانون على تلك الواقعة. فقواعد القانون إذن لا تكون محلاً للإثبات.

ويتضح من ذلك أن كل دعوى تطرح على القضاء تتضمن عنصرين: **الأول** هو عنصر الواقع أو الوقائع، **والثاني** هو عنصر القانون، أو القواعد القانونية الواجبة التطبيق. وهذا يقابل الدور الذى يقوم به أشخاص الإثبات، الخصوم والقاضى. مهمة الخصوم طرح النزاع على القضاء وإثبات ما يعرضونه من وقائع تضمنتها صحيفة دعواهم على النحو السابق بيانه. أما القاضى فيقوم بدوره فى الإثبات على النحو السابق بيانه ثم ينتهى بالفصل فى النزاع طبقاً للقانون فالحكم الذى يصدره القاضى هو تطبيق القانون على واقعات الدعوى. فالقاضى يقوم بتطبيق القانون، والخصم يقوم بإثبات الواقع أو الوقائع هذا هو محل الإثبات.

فإثبات القانون إذن ليس من عمل الخصوم، وإنما هو من صميم عمل القاضى إذ أنه يعلم بالقانون وواجب عليه أن يطبقه. فالعلم بالقانون مفترض من قبل المخاطبين به ومن قبل القضاء من باب أولى إذ أن تفسير القانون وتطبيقه على واقعة الدعوى وعلى ما تقول به محكمة النقض هو «من شأن المحكمة وحدها لا من شأن الخصوم»[١].

هذه هى القاعدة إلا أن تطبيقها يثير بعض الصعوبات سواء بالنسبة للعرف أو العادة الاتفاقية أو بالنسبة للقانون الأجنبى[٢].

---

(١) نقض مدنى ٢٢/١٠/١٩٥٣ مجموعة أحكام النقض س ٥ ص ٦٢ رقم ٢

(٢) انظر نبيل سعد، الإثبات السابق الإشارة إليه، ص ٥٢ وما بعدها.

ثالثا: عبء الإثبات:

١- الإثبات عبء:

سبق أن رأينا دور كل من الخصوم والقاضى فى الإثبات. واتضح لنا أن الإثبات حق للخصوم وأن على القاضى أن يلتزم الحياد فى الخصومة، بمعنى أن يمتنع عليه القضاء بعلمه الشخصى أو السعى إلى جمع الأدلة بنفسه.

ولذلك فإنه من حق كل خصم أن يقدم ما لديه من أدلة لإثبات الحق المدعى به، ومن حق الخصم الآخر نفى هذه الأدلة. لكن إذا سارت الأمور على هذا المنوال دون تحديد من ينهض أولاً بعبء الإثبات لما أمكن الفصل فى أى نزاع. لذلك تثار فكرة تحمل عبء الإثبات. وبذلك تتجلى أهمية تحديد من يقع عليه عبء الإثبات من الخصوم. حيث أن تعيين الخصم الذى يكلف بالإثبات أمر بالغ الخطر فى سير الدعوى وفى نتيجتها، لأنه يلقى على هذا الخصم عبئاً ثقيلاً، يكلفه أمراً إيجابياً تتوقف عليه نتيجة الدعوى بينما يكتفى خصمه بأن يقف فى الدعوى موقفاً سلبياً ما يجعله بذلك فى مركز دون مركز خصمه. ولذلك فإن هناك كثير من الأفراد يخسرون دعاواهم - مع أنهم قد يكونون فى الواقع أصحاب حق - لا لشئ إلا بسبب عجزهم عن إقامة الدليل الذى يوصل إلى إقناع القاضى.

٢- من يقع عليه عبء الإثبات:

تنص المادة الأولى من قانون الإثبات على أنه «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين التخلص منه». وهذا النص منقول عن المادة ٣٨٩ مدنى مصرى والتى تم إلغاؤها بقانون الإثبات رقم ٢٥ لسنة ١٩٦٨.

(أ) **استخلاص المبدأ:** هذا النص يعتبر تطبيقاً لمبدأ عام يسرى على جميع أنواع الروابط القانونية لا على الروابط المالية فحسب، فالمبدأ إذن «أن البينة على من ادعى» والمقصود «بالبينة» فى هذا الصدد الإثبات الذى يتطلبه القانون.

وليس المقصود بالمدعى هو رافع الدعوى، كما يتبادر إلى الذهن، ولا الدائن فقط كما يستفاد من نص القانون، إنما ينصرف مصطلح المدعى هنا

إلى كل خصم يدعى على خصمة امرا. فالمدعى عليه فى الدعوى إذا أبدى دفعاً معيناً يصبح مدعياً به ومن ثم يقع عليه عبء إثباته طبقاً لقاعدة أن اصاحب الدفع مدع، وعلى ذلك فإن عبء الإثبات يمكن أن ينتقل من خصم إلى آخر ومن هنا تبدأ صعوبة وضع قاعدة عامة فى شأن تعيين من يقع عليه عبء الإثبات.

ومع ذلك حاول الفقه جاهداً أن يستخلص من أحكم القضاء ومن جملة النصوص التشريعية مبدأ عاماً فى هذا الصدد.

(ب) القاعدة: البينة على من أدعى خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً.

مقتضى هذه القاعدة أنه إذا أقام المدعي البينة على ما ادعى حكم له، وإلا رفضت دعواه. وهذه القاعدة تنطبق سواء أكانت الواقعة المراد إثباتها واقعة إيجابية أو واقعة سلبية.

(جـ) عدم تعلق هذه القاعدة بالنظام العام: وتطبيق قاعدة أن البينة على من ادعى خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً لا يتعلق بالنظام العام بالتالى يجوز الاتفاق على مخالفتها. كأن يقوم بإثبات من لا يقع عليه عبؤه، فإن عجز عن إقناع المحكمة بما تطوع لإثباته حكم ضده، وامتنع عليه أن ينعى على المحكمة مخالفتها قاعدة توزيع عبء الإثبات.

ويرجع السبب فى عدم تعلق هذه القاعدة بالنظام العام إلى أن هذه القاعدة وإن كانت تضع أصلاً من الأصول التى ينضبط بها التقاضى التى تحدد دور القاضى إلا أنه يغلب عليها ما تؤدى إليه من تحديد مراكز المتقاضين أنفسهم فى كل قضية من حيث حق كل منهم وواجبه فى إثبات الدعوى أو نفيها، أى أن وظيفتها فى تحديد حقوق المتقاضين الخاصة تغلب أثرها فى تنظم التقاضى وضبطه.

٣- تنقل عبء الإثبات بين طرفي الدعوي:

يستفاد هذا التنقل أيضا من نص المادة الأولى من قانون الإثبات المصرى والتى تنص على أنه «على الدائن إثبات الالتزام وعلى المدين إثبات التخلص منه». فهذا النص وضع القاعدة العامة فى تعيين من يقع

عليه الإثبات. كما أنه بين كيف ينتقل عبء الإثبات من الدائن إلى المدين، فإذا فلح الدائن فى إثبات الالتزام بإثبات الواقعة المنشئة له انتقل عبء الإثبات منه إلى المدين ليثبت الواقعة التى يدعى أنها قد ترتب عليها انقضاء ذلك الالتزام.

وسبق أن رأينا القاعدة فى تعيين من يقع عليه عبء الإثبات تتسع لتشمل الدعاوى والدفوع طبقاً لقاعدة أن «صاحب الدفع مدع». ولذلك يقع عبء الإثبات على من يدعى خلاف الثابت أصلاً أو عرضاً أو ظاهراً أو فرضاً، سواء أكان هو مدعياً فى دعوى أصلية أو فرعية، أو كان مدعى عليه فى واحدة منهما ولكنه يدعى ما ينقض به دعوى المدعى الأصلى.

ومما تجدر ملاحظته أن الثابت أصلاً فى كل موضوع لا يكون غير أمر واحد ومن يدعى خلافه عليه أن يقيم الدليل فإذا ما فلح فى ذلك أصبح الثابت عرضاً فإذا ادعى الخصم الأول خلافه عليه أن يقيم الدليل، فإن فلح أصبح الثابت عرضاً فإذا ادعى الخصم الثانى خلافه وجب إقامة الدليل عليه وهكذا دواليك إلى أن يعجز أحدهم على إقامة الدليل فيخسر دعواه. يتضح من ذلك أن الثابت عرضاً يمكن أن يكون أمور عدة تثبت على التوالى أثناء سير الدعوى. فكلما أثبت أحد الخصمين أمراً فى صالحه، وجب على الآخر إثبات أمر غيره يرجح به نفته. وهكذا ينتقل عبء الإثبات بينهما إلى أن يعجز أحدهما عن أثبات خلاف الثابت عرضاً فيحكم عليه.

وكذلك إذا تمسك أحد الخصمين بقرينة قانونية بسيطة، وقع على الخصم الآخر عبء إثبات عكسها، فإن فلح فى ذلك ارتد عبء الإثبات إلى الخصم الأول ووجب عليه أن يقيم الدليل على صحة دعواه.

ويجوز للأفراد الاتفاق على نقل عبء الإثبات من المكلف به قانوناً إلى غيره. وهذا الاتفاق صحيح سواء تدخل قبل حدوث الواقعة المتنازع عليها أو بعد حدوثها أو فى أثناء قيام النزاع بشأنها. لا يشترط شكل خاص فى هذا الاتفاق، فقد يكون صريحاً أو ضمنياً.

المطلب الثاني

طرق الإثبات

حدد المشرع عندنا طرق الإثبات، أو الأدلة التى ينبغى تقديمها للإثبات وهذه الأدلة هى الكتابة، وشهادة الشهود، والقرائن والإقرار، واليمين وإلى جانب ذلك أورد قانون الإثبات المعاينة والخبرة.

١- الإثبات بالكتابة:

وتعتبر الكتابة من أهم أدلة الإثبات فى الوقت الحاضر، وقد تكون الكتابة رسميه أمام موظف رسمى مختص طبقاً للأوضاع التى يستلزمها القانون، وقد تكون عرفية بين الأفراد ولكل من النوعين حجية فى الإثبات على النحو الذى بينه القانون.

القانون العامة فى الإثبات بالكتابة أنه إذا كانت قيمة التصرف تزيد على ٥٠٠ جنيه[١] أو كان التصرف غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات وجوده أو انقضائه بشهادة الشهود ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك. وقد استثنى القانون من ذلك المسائل التجارية. كما لا يجوز إثبات ما يخالف أو يجاوز ما هو ثابت بالكتابة إلا بالكتابة. لكن يرد على هذه القاعدة عدة استثناءات. إذ يجوز الإثبات بشهادة الشهود فيما كان يجب إثباته بالكتابة إذا وجد مبدأ ثبوت الكتابة، أو إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى، أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه.

وتعتبر الكتابة ذات قوة مطلقة فى الإثبات. فهى تصلح لإثبات جميع الوقائع أياً كان نوعها وأياً كانت طبيعتها، وكذلك أياً كانت قيمة الحق المراد إثباته.

٢- الإثبات بشهادة الشهود:

وهى تقرير الشخص بما رآه أو سمعه. والشهادة دليل أقل فى قوته من الكتابة فلا يجوز أن يثبت بها إلا الوقائع المادية كالفعل الضار، والتصرفات القانونية التى لا تزيد قيمتها عن خمسمائه جنيه (بعد تعديل المادة ٦٠ بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ السابق الإشارة إليه)، بشرط ألا يكون القانون قد تطلب وسيلة أخرى للإثبات كما فى عقد الشركة حيث يتطلب القانون الكتابة لإثباته، ولو لم تزد قيمته على خمسمائه جنيه. وبالتالى لا يقبل الإثبات بشهادة الشهود.

---

(١) بعد تعديل المادة ٦٠ من قانون الإثبات بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ السابق الإشارة إليه.

وحجية البينة فى الإثبات متروكة لتقدير القاضى، فله أن يأخذ بها وله ألا يأخذ بها ولو كثر عدد الشهود.

٣- القرائن:

القرينة هي ما يستخلصه المشرع أو القاضى من أمر معلوم للدلالة على أمر مجهول. فهى أدلة قائمة على الاستنتاج قد يكون هذا الاستنتاج مطابقاً للحقيقة، وقد لا يكون كذلك ولهذا يباح فيها إثبات العكس ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك. وعلى ذلك فالقرينة إما قانونية، وهى ما قررها المشرع، وإما قضائية، وهى ما يستنتجها القاضى.

٤- الإقرار:

هو اعتراف الخصم أمام القضاء بواقعة قانونية مدعى بها، وذلك أثناء السير فى الدعوى المتعلقة بهذه الواقعة وهو حجة قاطعة على المقر، ولذلك يقال إن الإقرار سيد الأدلة فإذا أدعى شخص أمام القضاء على آخر بأنه مدين له فأتى المدعى عليه وأقر بالدين فى ذمته أثبت للمدعى حقه.

٥- اليمين:

دليل يلجأ إليه الخصم إذا عجز عن إثبات حقه، وفى هذه الحالة يحتكم إلى ذمة خصمة، وذلك بأن يوجه إليه اليمين الحاسمة طالباً منه أن يحلف على واقعة معينة تؤدى إلى ثبوت حقه أو فقده فإذا حلف من وجه إليه اليمين ثبت حقه وخسر المدعى دعواه وإن نكل عن اليمين خسر دعاه وحكم لمن وجه اليمين بما يدعيه.

ملحق: التوقيع الالكتروني:

انتشرت ظاهرة بيع وشراء السلع والخدمات من خلال الانترنت. وقد افرز التعاقد عبر الانترنت مشكلات قانونية كثيرة. من أهم هذه المشكلات أن هذا التعاقد لا يلزم المتعاقدين إلا إذا كان ممهوداً بتوقيعهما. والتوقيع فى هذا النوع من العقود يتناسب مع صيغته، أى أنه يتم الكترونيا وليس بالطريقة التقليدية المألوفه. على إثر ذلك ثارت مشكلة حجية التوقيع الالكترونى فى الاثبات. وقد تصدى الفقه والقضاء لهذه المشكلة قبل تدخل المشرع. لكن لم يكن هناك بد من تدخل المشرع لحسم الكثير من المشكلات التى ثارت فى هذا الصدد.

في فرنسا صدر قانون ١٣ مارس سنه ٢٠٠٠ ليعدل النصوص المنظمة للاثبات فى القانون المدنى الفرنسى. وتضمن هذا التعديل ست مواد، ادرجت كلها فى مادة واحدة هى نص المادة ١٣١٦ من القانون المدنى الفرنسى ثم ترك المشرع لمجلس الدوله بعد ذلك إصدار قرارات تبين الضوابط الفنية والقانونية اللازمة حتى يتمتع التوقيع الالكترونى بالحجية فى الإثبات. وقد صدر أول هذه القرارات فى ٣٠ مارس سنه ٢٠٠١ والذى نص فى المادة الأولى منه على أن «صاحب التوقيع الالكترونى هو كل شخص طبيعى يوقع بالاصاله عن نفسه أو بالنيابه عن غيره من الاشخاص الطبيعين أو المعنويين»، كما صدر قرار مجلس الدوله فى ١٨ ابريل ٢٠٠٢ م ليعالج موضوع التصديق على التوقيع بواسطة الجهة المختصة بتقديم خدمة التصديق الالكترونى[1].

في مصر: صدر القانون رقم ١٥ لسنه ٢٠٠٤ بتنظيم التوقيع الالكترونى وانشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات فى ٢٠٠٤/٤/١٢[2]. عدد مواد هذا القانون ٣٠ مادة موزعة على النحو التالى:

١- المادة الأولى تتعلق ببيان معانى المصطلحات الفنية الواردة فى القانون.

٢- المواد من ٢-١٣ تختص بتنظيم هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات.

٣- المواد من ١٤-٢٢ تختص بتنظيم التوقيع الالكترونى فى نطاق المعاملات المدنية والتجارية والاداريه (وهذا ما يهمنا فى مجال دراستنا).

٤- المواد من ٢٣-٣٠ تبين جزاء مخالفة نصوص هذا القانون.

وبذلك يكون خالف المشرع المصرى المشرع الفرنسى فى مكان تنظيم التوقيع الالكترونى حيث أن القانون المصرى قد أقر قانوناً مستقلا للتوقيع الالكترونى بالإضافة إلى تنظيم هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات رغم عدم وجود علاقة مباشرة بين الموضوعين ونحن نفضل مسلك المشرع الفرنسى.

وتعتبر هذه التشريعات إستجابه لتوجيهات الأمم المتحدة فى هذا المجال

---

(1) X.B. Delmasa, &. Liard, L'achèvement du cadre juridique de la signature électronique sécurisée, Décret No. 2000 - 535 du 18 avril 2002 et arrété du 31 mai 2002, J.C,P. No. 49, 2002 p. 2153.

(٢) الجريدة الرسمية العدد ١٧، تابع (د) فى ٢٠٠٤/٤/٢٢، ص ١٧.

حيث أصدرت لجنة الأمم المتحدة للتجارة الدولية (CNUDCI)[1] قانوناً نموذجياً ينظم التجارة الالكترونية لتحتذى به الدول الأعضاء.

والتوقيع الالكتروني لا يعدو أن يكون حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات سريه ولها طابع منفرد بحيث تسمح بتحديد الشخص صاحب التوقيع وتميزه عن غيره.

ويشترط لصحة التوقيع أن يتم باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع بحيث تكشف عن صلته بالتصرف الذى وقع عليه (م ١٣١٦/٤ مدنى فرنسى) ونصت المادة ٢/١ من قرار مجلس الدولة الصادر فى ٢٠ مارس سنه ٢٠٠١ بأن التوقيع الالكترونى لا يكون صحيحا إلا اذا تم بوسيلة تكون تحت السيطرة المباشرة للموقع وحدة دون غيره. وقد اشترطت المادة ١٨ من قانون التوقيع الالكترونى فى مصر رقم ١٥ لسنه ٢٠٠٤ لصحة التوقيع الالكترونى (سيطرة الموقع وحدة دون غيره على الوسيط الالكترونى) وهذا يعنى أن هذا الشرط ضرورى حتى يتمتع التوقيع الالكترونى بالحجية فى الإثبات.

نخلص من كل ما تقدم أنه يشترط حتى ينتج التوقيع الالكترونى أثره القانونى أن تكون وسائل إنشائه تحت السيطرة المباشرة للموقع وحده دون غيره، بحيث يعبر هذا التوقيع بدقة عن هوية الموقع. هذا الأمر يقتضى أن يكون الاطلاع على المفتاح العام قد تم برضاء الموقع، كما أنه اذا استخدم الموقع القلم الالكترونى فلا بد أن يستخدمه برضاه دون غش أو إكراه. وللتحقق من هذا الأمر لابد أن يكون هناك طرف محايد ما بين الموقع والشخص المتعامل معه يضمن ذلك. هذا الشخص المحايد هو ما يعرف بجهة التصديق على التوقيع الالكترونى، والتى تختص باصدار شهادة تؤكد صحة التوقيع الالكترونى وأنه صدر من صاحبه.

فى مصر تختص هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات باصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الالكترونى ومن بينها بطبيعة الحال خدمة التصديق على التوقيع الالكترونى. والمادة ٤ من قانون التوقيع الالكترونى نصت صراحة على أنه من بين إختصاصات هيئة

---

(1) Commission des Nations unies pour le commerce international.

صناعة تكنولوجيا المعلومات والاتصالات ، (أ) إصدار وتجديد التراخيص اللازمة لمزاولة أنشطة خدمات التوقيع الالكترونى وغيرها من الأنشطة فى مجال المعلومات الالكترونية، وصناعة تكنولوجيا المعلومات، وذلك وفقاً لأحكام القوانين والأحكام المنظمه لها، «تحديد معايير منظومة التوقيع الالكترونى مما يؤدى الى ضبط مواصفاتها الفنية..» كما أن المادة ١٩ من القانون تنص على أنه «لا تجوز مزاولة نشاط إصدار شهادة التصديق الالكترونى إلا بترخيص من الهيئة، وذلك نظير مقابل يحدده مجلس إدارتها وفقاً للإجراءات والقواعد والضمانات التي تقررها اللائحة التنفيذية، وبدون التقيد بأحكام القانون رقم ٢٩ لسنة ١٩٤٧ بالتزامات المرافق العامه، مع مراعاة ما يأتي:

(أ) ان يتم إختيار مرخص له في إطار من المنافسة والعلانية.

(ب) ان يحدد مجلس إدارة الهيئة مدة الترخيص بحيث لا تزيد على تسعة وتسعين عاماً.

(جـ) أن تحدد وسائل الاشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرافق بانتظام واطراد.

ولا يجوز التوقف عن النشاط المرخص به أو الاندماج فى جهة أخرى أو التنازل عن الترخيص للغير إلا بعد الحصول على موافقة كتابية مسبقة من الهيئة، وأعطت المادة ٢٢ للهيئة سلطه إعتماد الجهات الأجنبية المختصة باصدار شهادة التصديق الالكترونى وذلك حتى تكون للشهادات التى تصدرها تلك الجهات ذات الحجية فى الاثبات المقررة لشهادات التصديق الالكترونية الوطنية.

- حجية التوقيع الالكتروني والكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية:

نص قانون التوقيع الالكترونى على أن يتمتع التوقيع الالكترونى (م ١٤) والكتابة الالكترونية والمحررات الالكترونية (م ١٥) بذات الحجية المقررة للتوقيع والكتابه والمحررات فى أحكام قانون الإثبات فى المواد المدنية والتجارية والادارية إذا توفرت فيها الشروط الآتية:

١- ارتباط التوقيع الالكترونى بالموقع وحده دون غيره.

٢- سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الالكترونى.

٣- امكانية كشف أى تعديل أو تبديل فى بيانات الوثيقة الالكترونية أو التوقيع الالكترونى (م ١٨).

اذا توافرت هذه الشروط قامت قرينة بسيطة على صحة التصرف القانونى المتضمن هذا التوقيع وعلى من يدعى عكس ذلك أن يثبت ما يدعيه مع التقيد بقاعدة أنه «لا يجوز إثبات ما يخالف الكتابة إلا بالكتابه» وعليه يجب على المدعى أن يقدم دليل كتابى تقليدى أو الكترونى لإثبات عدم صحة التصرف القانونى المتضمن هذا التوقيع.

ويجوز إثبات التصرف الالكترونى بكافه طرق الإثبات فى الحالات الاستثنائيه المنصوص عليها فى قانون الإثبات بالنسبة للمعاملات القانونية التقليدية على اعتبار أن الكتابه الالكترونيه تقوم مقام الكتابة التقليدية إذا توافرت شروطها. وهذه الحالات هى:

١- حريه الإثبات فى المواد التجارية.

٢- وجود اتفاق بين الأطراف على جواز اثبات التصرف الواقع بينهم بكافة طرق الاثبات.

٣- إذا لم تتجاوز قيمة التصرف ٥٠٠ جنيه.

٤- إذا وجد مانع مادى أو أدبى يحول دون الحصول على دليل كتابى أو إذا فقد الدائن سنده الكتابى بسبب أجنبى لا يد له فيه.

مباشرة الحق وحمايته

فإذا ما نشأ الحق فإن لصاحبه أن يباشره. وفي مباشرته لحقه يجب ألا يتجاوز الحدود المشروعة التي يمارس الحق في نطاقها. كما أن القانون هو الذي يقرر الحقوق ويتكفل بحمايتها. ولنر ذلك بشئ من التفصيل.



المبحث الأول

استعمال الحق ونطاقه

ونعرض لاستعمال الحق ثم نعرض بعد ذلك عندما يتجاوز الشخص الحدود المرسومة لحقه أو عندما يتعسف في استعمال حقه.

أولاً: استعمال الحق:

لصاحب الحق أن يفيد من حقه، وذلك بالاستفادة بمضمونه عن طريق مباشرة المكنات والسلطات التي يخولها الحق لصاحبه، والتي يحددها القانون وطبيعي أن مضمون الحقوق يختلف من حق لآخر. فسلطات أو مضمون حق الملكية عبارة عن الاستعمال والاستغلال والتصرف، ومضمون حق الدائنية هو إعطاء صاحبه القدرة على اقتضاء الدين من المدين في الأجل المطلوب.

والقانون في تنظيمه للحقوق وتحديده لمضمونها أو السلطات التي تخولها لأصحابها يوفق بين كافة المصالح سواء كانت مصلحة عامة أو مصلحة خاصة. وذلك فإن الشخص له أن يستعمل حقه في الحدود التي أجازها القانون دون أن يتجاوزها. وإذا جاوز الشخص في استعماله لحقه الحدود التي رسمها له القانون، فإنه يكون مخطئاً ويلزم بتعويض من أصابه ضرر من هذا التجاوز. كمن يجرر على ملك جاره ويبني فيه يأتي عملاً مجاوزاً لحقه وخارجاً عن حدود مضمونه. فيكون عمله غير مشروع في ذاته.

ولكن قد يحدث أن يستعمل الشخص حقه في الحدود التي رسمها له القانون ومع ذلك يترتب على هذا الاستعمال ضرر للغير، مثال ذلك المالك الذي يبني جداراً في ملكه ولكنه يرتفع بالجدار ارتفاعاً شاهقاً لمجرد الإضرار بجاره ومنع الضوء والهواء عنه، فهنا يتعسف في استعمال حق ملكيته دون أن يجاوز حدود هذا الحق بحال من الأحوال. ولهذا ينبغي أن ندرس التعسف في استعمال الحق.

ثانياً: التعسف في استعمال الحق Abus du droit:

سبق أن رأينا الفارق الواضح بين التعسف في استعمال الحق والخروج عن حدود الحق. ولما كان الشخص في حالة التعسف في استعمال الحق لا يتجاوز حدود حقه بل أنه يستعمله في النطاق المحدد فإن رقابة القانون على هذا الاستعمال لم تكن مبدأ مقرراً منذ زمن طويل. فقد كان الاتجاه السائد في ظل

المذهب الفردى، أن استعمال الحق مطلق من كل قيد، وأن لصاحب الحق مطلق الحرية فى هذا الاستعمال. وقد كان ينظر إلى مصلحة الفرد ويرى أن مصلحة الجماعة تتحقق إذا ما كفل للأفراد تحقيق مصالحهم. ويذهب إلى عدم إخضاع الفرد. فى استعمال حقه لرقابة ما فلا تجوز مسألته عما يترتب على هذا الاستعمال من ضرر للغير(١).

وقد تطورت المجتمعات الرأسمالية، نتيجة تغير الظروف الاقتصادية والاجتماعية والسياسية وما صاحب ذلك من ظهور المذاهب الاشتراكية. وقد أدى ذلك إلى التخفيف من الفردية المطلقة التى كانت سائدة فى هذه المجتمعات. فلم يعد للفرد حرية مطلقة فى استعمال حقه كما كان وإنما أصبح هذا الاستعمال مقيد بالحدود التى تتفق مع مصلحة الجماعة، ذلك أن الفرد إذا كان يهدف من وراء استعماله الحق إلى تحقيق مصلحة خاصة به فإنه لا يجوز أن يقوم بما يتعارض مع مصلحة الغير. والقانون إذا كان يحمى صاحب الحق فى استعماله حقه فإنه يحميه طالما أنه كان يسعى إلى تحقيق مصلحة مشروعة من وراء هذا الاستعمال. أى طالما كان يسعى إلى تحقيقى مصلحة خاصة لا تتعارض مع مصلحة الجماعة، فعند التعارض بين المصلحة العامة والمصلحة الخاصة يضحى بهذه الأخيرة، فلا تستحق الحماية القانونية لأن الشخص حينئذ يكون متعسفاً فى استعمال حقه. ولكن ما هى الحدود التى يخضع فيها صاحب الحق فى هذه الحالة، داخل نطاق حقه، لرقابة القانون؟؟؟ هذا ما يتضح لنا من دراستنا للتعسف فى استعمال الحق والمعايير التى وضعها المشرع فى هذا الصدد. لنر ذلك بشئ من التفصيل:

١- تأصيل التعسف في استعمال الحق:

بعد إستقرار التفرقة بين تجاوز حدود الحق والتعسف فى إستعمال الحق على النحو السابق بيانه إختلف الفقه حول تأصيل التعسف فى إستعمال الحق، فلنر ذلك بشئ من التفصيل:

---

(١) انظر فى تفصيل ذلك حسن كيره، المرجع السابق، فقرة ٣٧٠ ص ٢١٢ وما بعدها.

الاتجاه الأول: يذهب إلي إعتبار التعسف في اسعتمال الحق تطبيقاً من تطبيقات الخطأ التقصيري:

يرى هذا الاتجاه أن الأساس القانونى لنظرية التعسف فى استعمال الحق ليس هو إلا المسئولية التقصيرية، إذ التعسف فى إستعمال الحق خطأ يوجب التعويض. والتعويض هنا، كالتعويض عن الخطأ فى صورته الأخرى وهى صورة الخروج عن حدود الحق أو عن حدود الرخصة، يجوز أن يكون نقداً كما يجوز أن يكون عيناً - كالقضاء بهدم المدخنة التى تحجب النور عن الجار(١).

ويمتاز هذا الاتجاه بالوضوح، وبما يحققه من وحدة أحكام المسئولية الناشئة عن ممارسة الرخص وتلك الناشئة عن إستعمال الحقوق، وبما ييسره من تحديد معيار التعسف بالاكتفاء برده إلى معيار الخطأ التقصيرى وهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى(٢).

الاتجاه الثاني: إعتبار التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ:

وهذا الاتجاه لم يخرج التعسف فى إستعمال الحق كلية عن نطاق المسئولية التقصيرية وإنما أبقاها داخل هذا النطاق واعتبر التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ أو خطأ ذا طبيعة خاصة (Sui generis) أى أنه خطأ مرتبط بروح الحق وغايته الاجتماعية وهو ما يخرج به عن مدلول الخطأ العادى ويثير مشكلة ضمير جماعى لا مشكله ضمير فرد كالخطأ التقليدى(٣).

الاتجاه الثالث: ارتباط التعسف بفكرة الحق وإستقلاله بنظرية عامة خارج دائرة المسئولية التقصيرية(٤):

ويتلخص هذا الاتجاه فى أن فكرة التعسف ترتبط أساساً بفكرة الحق وما يمثله من قيمة معينة يعترف بها القانون ويحميها لغاية معينة، وترتهن هذه الحماية بتحقيق هذه الغاية أو عدم مجافاتها، بحيث تظل حماية القانون مبسوطة عليها أو

---

(١) السنهورى، الوسيط، مصادر الإلتزام جـ ١ الطبعة الثانية، ١٩٦٤، دار النهضة العربية، فقرة ٥٥٨، ص ٩٥٥.

(٢) حسن كيرة، فقرة ٣٧٢ ص ٧٣٠.

(٣) انظر فى عرض هذا الاتجاه، حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٧٢، ص ٧٢١ - ٧٢٢.

(٤) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٧٣، ص ٧٢٢ وما بعدها.

ترتفع عنها بحسب مدى مطابقة إستعمالها أو مناقضته لغايتها. فالتعسف يتوافر إذا انحرف صاحب الحق فى استعماله عن غايته، حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الإخلال الذى يكون الخطأ فى المعنى الدقيق، وهو ما يفصم بين التعسف والخطأ ويخرجه بالتالى من دائرة المسئولية التقصيرية ليستوى مبدأ عاماً ونظرية أساسية ملازمة وداخلة فى النظرية العامة للحق».

يترتب على ذلك أن فكرة التعسف تجاوز فكرة المسئولية فى اقتصارها على رفع الضرر الواقع والتعويض عنه، فتحقق كذلك فكرة التوقى من الضرر بمنع وقوعه أصلاً عن طريق حرمان صاحب الحق ابتداء من استعمال حقه استعمالا تعسفيا[1] وعلى هذا النحو، تقوم فكرة التعسف فى إستعمال الحق بدور وقائى ودور علاجي على السواء، بما تفرض على استعمال الحقوق من رقابة سابقة أو لاحقة بحسب الأحوال.

– وقد أخذ هذا الاتجاه على الاتجاه الأول تسويته بين مركز صاحب الحق فى استعمال حقه ومركز الشخص فى ممارسة رخصة من الرخص العامة بأن جعل التعسف فى كل من الصورتين تطبيقاً من تطبيقات الخطأ التقصيرى المعروف وهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى بالرغم من الاختلاف الواضح بين استعمال الرخص وإستعمال الحقوق. ففى مجال الحريات أو الرخص العامة يقف الجميع على قدم المساواة ويستعملون نفس الحريات والرخص فى نفس الوقت، ولا يحتاج الأمر إلا إلى التنسيق فى هذا الاستعمال الجماعى المتعاصر، وهو ما لا يتحقق إلا بالتزام كل فرد قبل الآخرين بالعمل بتبصر ويقظة وحيطة حتى لا يحد مما لهم من نفس الحريات المماثلة. بينما فى مجال الحقوق الأمر مختلف حيث أن صاحب الحق متميز عن أقرانه بما يختصه به القانون على محل معين من سلطة إستئثارية يملكها دون غيره لذلك يجب التأكد من أن هذه السلطة سوف تستخدم لتحقيق الغاية المعطى من أجلها الحق لا لمناقضتها، وهو ما يقتضى قياس مسلك صاحب الحق فى استعمال حقه وفق هذه الغاية المعينة لا وفق فكرة الحيطة أو اليقظة العامة، مما يعنى إمكان توافر التعسف كلما إنحرف صاحب الحق فى استعمال عن غايته حتى ولو لم يكن قد أخل

---

(١) المرجع السابق، ص ٧٢٥.

بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الإخلال الذى يكون الخطأ فى المعنى الفنى الدقيق. وبذلك يوجد التعسف ولو لم تتوافر له مقومات الخطأ إذ العبرة بأن الاستعمال يناقض غاية الحق[1].

– واستقلال فكرة التعسف عن فكرة الخطأ يرجع إلى أن التعسف فيما يولده من مسئولية صاحب الحق إنما يقع ذلك داخل دائرة المشروعية ورغماً عنها، بينما يولد الخطأ فى المسئولية خارج دائرة المشروعية أصلاً. كما أن هذه التسوية بينهما يثير تساؤلاً هاماً وهو ما فائدة التمييز إذن بين التعسف فى استعمال الحق والخروج عن حدود الحق إذا كان الأمر سيؤول فى نهاية المطاف فى التسوية بينهما بجعل كل منهما خطأ تقصيرياً. الأولى إذن رد المسئولية الناشئة عن كل منهما إلى مصدرين مختلفين[2].

– كما أن هذا الاتجاة الأخير اعتبر الاتجاه الثانى خطوة تقدمية إلا أنه مع ذلك أخذ عليه توقفه فى منتصف الطريق وقعوده عن الوصول إلى النتيجة الحتمية التى يقود إليها منطق مقدمته وهى إطراح فكرة الخطأ كلية والخروج من دائرة المسئولية التقصيرية للبحث خارجها عن أساس مستقل للتعسف[3].

- خاتمة:

نخلص من العرض السابق للاتجاهات المختلفة إلى ما يلى:

أولاً: إتفاق جميع الاتجاهات على مسئولية صاحب الحق عندما يتعسف فى إستعماله وإن الاختلاف بين هذه الاتجاهات الثلاث منحصر فى أساس هذه المسئولية ونطاقها.

ثانياً: أن هناك تقابل واضح بين الاتجاه الأول والاتجاه الأخير، من حيث موقع التعسف ونطاقه فالاتجاه الأول يجعل التعسف واقعاً داخل نطاق المسئولية التقصيرية ويرد معيار التعسف إلى معيار الخطأ التقصيرى المعروف وهو الانحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى. بينما الاتجاه الأخير يذهب إلى إخراج التعسف من دائرة المسئولية التقصيرية ليصبح مبدأ عاماً ونظرية أساسية

---

(1) المرجع السابق، ص ٧٢٠.

(2) المرجع السابق، ص ٧٢١.

(3) المرجع السابق، ص ٧٢٢.

ملازمة وداخلة فى النظرية العامة للحق. كما أنه ربط معيار التعسف بالغاية من الحق بحيث تظل حماية القانون مبسوطة على الحق أو ترتفع عنه بحسب مطابقة إستعمال الحق للغاية منه أو مناقضة هذا الاستعمال لتلك الغاية وبالتالى التعسف يتوافر إذا إنحرف صاحب الحق فى إستعماله عن غايته حتى ولو لم يكن قد توافر له مقومات الخطأ فلا يغنى إذن من صاحب الحق شيئاً ما قد يتخذ فى استعمال حقه من حيطة وتبصر ويقظة تنفى عنه الخطأ، إذا كان بهذا الاستعمال يناقض غاية الحق.

أما الاتجاه الثانى فيقف موقفاً وسطاً بين الاتجاهين السابقين إذ يبقى على التعسف داخل دائرة المسئولية التقصيرية وإن كان يعتبر التعسف نوعاً متميزاً من الخطأ أو خطأ ذا طبيعة خاصة يرتبط بروح الحق وغايته.

ثالثاً: يترتب على ما تقدم أن الاتجاه الأول يضيق بشكل ملحوظ من نطاق التعسف فى إستعمال الحق بحيث أن مسئولية صاحب الحق لا تقوم إلا إذا كان استعماله لحقه فيه إنحراف عن السلوك المألوف للشخص العادى بينما الاتجاه الأخير يوسع من نطاق التعسف فى استعمال الحق بحيث أن مسئولية صاحب الحق تقوم بمجرد إنحراف صاحب الحق فى إستعماله عن غايته، حتى ولو لم يكن قد أخل بواجب الحيطة واليقظة العادية ذلك الإخلال الذى يكون الخطأ فى المعنى الدقيق. هذا التوسع فى التعسف فى إستعمال الحق يخشى منه على الحق نفسه.

ونحن إن كنا نؤيد إخراج نظرية التعسف من دائرة المسئولية وإعتبارها مبدأ من المبادئ العامة للقانون فى شأن تحديد مدى إستعمال الحقوق إلا إننا نرى ضرورة وضع الضوابط الموجهة للقاضى لتحديد متى يكون هناك تعسفاً فى إستعمال الحق. وهذا ما يجرنا إلى الحديث عن معايير التعسف وكيفية تحديدها.

٢- معيار التعسف وكيفية تحديده:

كان للاختلاف فى تحديد الأساس القانونى لنظرية التعسف فى إستعمال الحق إنعكاساً واضحاً على معيار التعسف وكيفية تحديده.

– فنجد الاتجاه الأول يرى أن معيار التعسف هو عينه الذى وضع للخطأ التقصيرى، إذ التعسف ليس إلا إحدى صورتين، ففى استعمال الحقوق كما فى

إتيان الرخص يجب ألا ينحرف صاحب الحق عن السلوك المألوف للشخص العادى فإذا إنحرف - حتى لو لم يخرج عن حدود الحق - عد إنحرافه خطأ يحقق المسئولية[1] وهذا الانحراف هنا لا يعتد به إلا إذا إتخذ صور من الصور التى يحددها المشرع له.

- الاتجاه الأخير يفضل الاكتفاء بوضع مبدأ عام كل العموم يعبر عن المعيار المختار للتعسف دون تعرض لتفصيل ما يندرج تحت هذا المبدأ من صور متعددة حيث أن ذلك يعد أكثر مناسبة للعمل التشريعى، كما أن ذلك يعتبر وسيلة مرنة يمكنها أن تتجاوب مع التطور على خلاف منهج الاتجاه الأول الذى يحصر معيار التعسف فى صور محددة لا يلبث أن يتبدى قصورها وعدم إحاطتها بكل ما قد يظهره تقدم الزمان وتطور الأوضاع والعلاقات الاجتماعية من ضروب وصور جديدة من التعسف فى إستعمال الحقوق[2].

٢- معايير التعسف في القانون المصري ومجال تطبيقها:

وسنعرض هنا على التوالى لمعايير التعسف فى القانون المصرى، ثم نعقب ذلك بتحديد مجال نظرية التعسف.

(أ) معايير التعسف:

إنحاز المشرع إلى منهج الاتجاه الأول فقام بتعديد الصور المختلفة للتعسف دون إبراز الأصل الذى يجمعها. فبدأ المشرع بتأكيد المبدأ العام فى المادة الرابعة من التقنين المدنى بقوله أن «من استعمل حقه إستعمالاً مشروعاً لا يكون مسئولاً عما سينشأ عن ذلك من ضرر» يتضح لنا من ذلك أن إستعمال الحق إستعمالاً مشروعاً لا يوقع بصاحبه أية مسئولية، ولكن متى يعتبر إسعتمال الحق مشروعاً ومتى لا يعتبر كذلك؟

نصت المادة الخامسة من القانون المدنى على أنه «يكون استعمال الحق غير مشروع فى الأحوال الاتية»:

أ - إذا لم يقصد به سوى الأضرار بالغير.

---

(١) السنهورى، المرجع السابق، فقرة ٥٥٩، ص ٩٥٦.

(٢) حسن كيرة، المرجع السابق، فقرة ٣٧٤، ص ٧٢٦ - ٧٣٠.

ب - إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب ألبتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها.

جـ- إذا كانت المصالح التى يرمى إلى تحقيقها غير مشروعة.

ويتضح من ذلك أن المشرع لم يضع معياراً عاماً للتعسف كما تفعل بعض التشريعات الحديثة بل إنه تجنب أيضاً إستعمال إصطلاح التعسف لسعته وإبهامه كما ذكرت المذكرة الايضاحية وآثر أن يصف الاستعمال المنهى عنه بأنه إستعمال غير مشروع[1].

وقد ذكر المشرع المصرى ثلاثة معايير ليتحدد على ضوئها الاستعمال غير المشروع للحق[2] ولنعرض لها فى الفقرات التالية:

(١) قصد الإضرار بالغير:

وهذا المعيار له ذاتيته حيث أن صاحب الحق يتحصن داخل حدود حقه ويقوم باستعمال هذا الحق على نحو معين لا لشئ إلا لقصد الإضرار بالغير. فالجوهرى فى هذا الشأن هو توافر نية الإضرار، ولو أفضى إستعمال الحق إلى تحصيل منفعة عارضة لصاحبه لم يقصدها أصلاً[3]. ويجب إثبات قصد صاحب الحق الإضرار بالغير. وهذا يمكن إثباته بكافة طرق الإثبات. وقد يستدل عليه من إنعدام مصلحة صاحب الحق أو تفاهة المصلحة التى يحققها.

وصعوبة تطبيق هذا المعيار ترجع إلى أنه معيار ذاتى يستمد من أمور نفسية كامنة داخل النفس البشرية، وهى قصد الإضرار بالغير لدى صاحب الحق، ولا يطمس هذا القصد أو يخفيه ما قد يعود على صاحب الحق من منفعة من إستعماله لحقه، مثال ذلك المالك الذى يبنى حائطاً فى ملكه، مستعملاً فى ذلك حقه، ولكن يرتفع بالحائط إلى درجة تحجب الضوء والهواء على جارة.

وإذا كان إثبات هذا القصد مكفول بكافة طرق الإثبات، إلا أنه لا يخفى على أحد صعوبة ذلك. ولهذا فإن القضاء قد جرى فى أحكامه على استخلاص قرينة قضائية على هذا القصد من إنعدام المصلحة أو تفاهتها.

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ١، ص ٢٠٧

(٢) انظر فى تقدير مسلك المشرع المصرى، حسن كيرة، فقرة ٣٨٠، ص ٧٣٩ وما بعدها.

(٣) مثال ذلك المالك الذى يغرس أشجاراً عالية كثيفة فى أرضه لمجرد حجب الضوء عن جاره، فإنه يعتبر متعسفاً فى استعمال حقه حتى ولو تبين فيما بعد أن هذه الأشجار عادت على الأرض بالنفع.

(٢) عدم التناسب بين مصلحة صاحب الحق وبين الضرر الذي يحيق بالغير:

ويعتبر الشخص متعسفاً فى إستعمال حقه إذا كانت المصلحة التى يرمى إلى تحقيقها من إستعمال حقه لا تتناسب إطلاقاً مع ما يعود على الغير من ضرر، كأن تكون المصلحة التى يسعى إليها صاحب الحق تافهة قليلة الأهمية إذا ما قورنت بما يصيب الغير من ضرر.

والمعيار هنا معيار موضوعى يقوم على المقارنة بين ما يعود على صاحب الحق من منفعة والضرر اللاحق بالغير فإذا كان التفاوت بينهما شاسعاً بحيث أن المصالح التى يرمى إلى تحقيقها صاحب الحق قليلة الأهمية لا تتناسب البتة مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها كان صاحب الحق متعسفاً فى إستعماله.

ولقد طبق المشرع المصرى هذا المعيار فى نص المادة ٢/٨١٨ مدنى والتى تنص على أنه «ليس لمالك الحائط أن يهدمه مختاراً دون عذر قوى إن كان هذا يضر الجار الذى يستتر ملكه بالحائط»[١] وكذلك المادة ١٠٢٩ مدنى والتى تنص على أن «لمالك العقار المرتفق به أن يتحرر من الارتفاق كله أو بعضه إذا فقد الارتفاق كل منفعة للعقار المرتفق أو لم يتبق له غير فائدة محدودة لا تتناسب ألبتة مع الأعباء الواقعة على العقار المرتفق به»[٢].

(٣) عدم مشروعية المصلحة المقصود تحقيقها من إستعمال الحق:

يتضح من هذا المعيار أنه لا يكفى أن يكون لصاحب الحق مصلحة ظاهرة أو ذات قيمة – ولو كبيرة من إستعماله لحقه – بل يجب أن تكون هذه المصلحة كذلك مشروعه. مثال ذلك استعمال صاحب المنزل فى أغراض منافية للقانون أو الآداب. فالحقوق ليست لها قيمة فى نظر القانون إلا بقدر ما تحققه من مصالح مشروعه فإذا تنكب صاحب الحق ذلك وانحرف بحقه فى سبيل تحقيق مصالح غير مشروعه تجرد حقه من قيمته وكف القانون عن حمايته.

وهذا المعيار موضوعي مرن يجعل للقضاء سلطة واسعة فى رقابة إستعمال الحقوق عندما يستعملها أصحابها فى تحقيق مصالح غير مشروعه. ولا تكون المصلحة غير مشروعه إذا كان تحقيقها يخالف حكماً من أحكام القانون فحسب،

---

(١) انظر نبيل سعد، الحقوق العينية الأصلية، أحكامها – ومصادرها – المرجع السابق، ص٤٨.

(٢) انظر نبيل سعد، المرجع السابق، ص ٢٣٩ – ٢٤٠.

وإنما يتصل بها هذا الوصف أيضاً إذا كان تحقيقها يتعارض مع النظام العام أو الآداب. وإذا كان المعيار فى هذه الحالة مادياً فى ظاهرة، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة الأساسية لنفى صفة المشروعية عن المصلحة[١]. وأبرز تطبيقات هذا المعيار فصل العامل بسبب مذهبه السياسى أو إنتمائه النقابى

(ب) مجال تطبيقها:

إن المشرع المصرى بوضعه هذه القواعد التى تحدد الإطار المشروع لاستعمال الحق فى صدر التقنين المدنى يدل دلالة قاطعة على عمومية تطبيقها وبسط سلطانها على إستعمال الحق أيا كان مصدره وأياً كان طبيعته وأياً كان الفرع الذى ينتمى إليه. فنظرية التعسف فى إستعمال الحق تطبق فى مجال الأحوال العينية وفى مجال الأحوال الشخصية، وفى مجال القواعد الموضوعية، والقواعد الاجرائية فى القانون الخاص وفى القانون العام.

لكن ينحصر تطبيق نظرية التعسف فى استعمال الحق على الحقوق بالمعنى السابق تحديده. فالحق كما رأينا هو استئثار يقره القانون لشخص من الأشخاص يكون له بمقتضاه التسلط على شئ معين أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر.

وعلى ذلك فإن نظرية التعسف لا تنطبق على الرخص أو الحريات العامة، حيث أنها لا تخول لصاحبها الاستئثار الحاجز بأى قيمة وإنما تثبت لكافة الناس، من ذلك حرية التعاقد وحرية التملك. يترتب على ذلك أنه لا حاجة لفكرة التعسف فى استعمال الرخص أو الحريات حيث أن أحكام المسوولية المدنية تتكفل بذلك على خير وجه. فإذا وقع من الشخص انحراف فى سلوكه عندما يستعمل رخصة من الرخص يكون قد أخطأ خطأ عادياً يلزمه بالتعويض[٢].

كما أن نظرية التعسف تنطبق على استعمال الحقوق بالمعنى الفنى الدقيق دون تخصيص. ولذلك فإن هذه النظرية تنطبق أيضاً على ما يسميه البعض بالحقوق المطلقة أو التقديرية، وهى الحقوق التى يترك استعمالها لتقدير صاحبها، حيث أنه لا يوجد مبرر واحد لاستبعاد هذه الحقوق من مجال نظرية التعسف فى استعمال الحق. كما أن النصوص التى تنظم التعسف فى استعمال الحق جاءت

---

(١) المذكرة الايضاحية للمشروع التمهيدى، ص ٣٣.

(٢) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ١، ص ٢٠١.

مطلقة تنصرف إلى كل من يستعمل حق دون تحديد أو تخصيص بنوع معين من الحقوق. وهذا ما يؤيده ما جاء فى المذكرة الإيضاحية للقانون المصرى[١]. كما يؤكده تطبيق المشرع هذه النظرية على هذا النوع من الحقوق، فقد فرض رقابة قضائية مبتدأة على استعمال المؤلف سلطته فى تعديل المصنف أو سحبه من التداول بمقتضى ما له من حق أدبى على مؤلفه لضمان عدم التعسف فيه بالتحقق من وجود أسباب خطيرة تبرر هذا الاستعمال (م ١٤٤ من قانون حماية حقوق الملكية الفكرية)[٢].

المبحث الثاني

حمايـــة الحـــق

عرفنا الحق بأنه استئثار يقره القانون لشخص ويكون له بمقتضاه التسلط على شئ أو اقتضاء أداء معين من شخص آخر. وعلى ذلك فإن الشخص لا يستطيع أن يمارس السلطات أو الإفادة من المكنات التى تعطى له، إلا إذا أقره القانون على ذلك. ويستطيع من يثبت له الاستئثار أن يستفيد مما ثبت له من سلطات ومكنات طالما أنه استعمل حقه في الحدود المشروعة كما سبق أن رأينا. فإذا تعرض له الغير في هذا النطاق المشروع كان لابد وأن يزود عنه بالطرق القانونية التى تمكنه من دفع هذا التعرض حتى يتمكن من الوصول إلى حقه. وهذه الطرق التى يقررها القانون لكل صاحب حق، فى مثل هذه الحالة، هى الدعوى أو الدفع أمام القضاء. والدعوى والدفع كوسيلة لحماية الحق إنما تكونان نتيجة لوجوده.

أولاً: حماية الحق بين الدعوي الجنائية والدعوي المدنية:

تختلف الدعوى - كوسيلة لحماية الحق - باختلاف الحق المهدد أو الذى يقع عليه الاعتداء، فمن الحقوق ما لا يعد الاعتداء عليها اعتداء على صاحب الحق نفسه فحسب ولكنه قد يعد كذلك اعتداء على الجماعة نفسها. وفى هذه الحالة يكون الاعتداء جريمة جنائية، كما هو الشأن بالنسبة للاعتداء على حق من الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان التى تهدف إلى تأمين سلامة الجسم، وتكون الدعوى فى هذه الحالة دعوى جنائية. وتتولى النيابة العامة توجيه الدعوى

---

(١) مجموعة الأعمال التحضيرية، جـ ١، ص ٢٠٧.

(٢) وانظر فى تفصيل أكثر حسن كيرة، فقرة ٣٨١، ص ٧٤١ وما بعدها.

الجنائية باعتبارها ممثلة للجماعة وذلك لأن هذه الدعوى تهدف إلى حماية الصالح العام وتعقب المعتدين وتوقيع العقاب عليهم. ولكن هذا لا يمنع من لحقه ضرر من الجريمة أن يقيم نفسه مدعياً بحقوقه المدنية وذلك لجبر ما أصابه من ضرر، ويكون ذلك عن طريق الدعوى المدنية.

إلا أن الاعتداء على حقوق الأفراد، قد لا يكون له من الخطورة على الجماعية ما للاعتداء على الحقوق العامة أو الحقوق اللصيقة بشخصية الإنسان. ولهذا فإن حماية الحقوق في هذه الحالة تتخذ صوراً مختلفة، تختلف باختلاف نوع الحق وسنقتصر هنا على وسائل الحماية المدنية بالنسبة للحقوق المالية.

ثانياً: وسائل حماية الحقوق المدنية:

وفى حماية الحقوق المالية يفرق بين الحقوق العينية والحقوق الشخصية.

١- بالنسبة للحقوق العينية:

وسيلة الحماية في هذا الصدد هى الدعوى العينية، ويختلف موضعها بحسب الأحوال، فهناك دعوى استرداد الملكية: تكون فى حالة اغتصاب الغير ملك شخص بغير حق. وهناك دعاوى الحيازة، ويقصد بها حماية الحيازة ذاتها إذا كانت واردة على عقار ودون حاجة إلى إثبات حق عينى يستند إليه فى تلك الحيازة، وذلك حتى يتحقق المحافظة على النظام والأمن، وهذه الدعاوى لا تحول دون التجاء صاحب الحق للمطالبة بحقه.

وفضلاً عما سبق فإن لصاحب الحق العيني أن يطالب بتعويض ممن يعتدى على حقه فيسبب له ضرراً.

٢- بالنسبة للحقوق الشخصية:

للدائن، وهو صاحب الحق الشخصى أن يطالب المدين بتنفيذ التزامه والتنفيذ إما أن يتم عيناً، أى بعين ما التزم به المدين، متى كان ذلك ممكناً وليس فيه إرهاقاً للمدين. فإذا تعذر ذلك فإنه لا يكون للدائن إلا أن يطالب بالتعويض، وهو دفع مبلغ نقدى، والتعويض الذى يحكم به فى حالة عدم إمكان التنفيذ العينى يشمل ما أصاب الدائن من خسارة وما فاته من حسب بسبب عدم التنفيذ[1].

(١) انظر في تفصيل ذلك نبيل سعد، أحكام الإلتزام، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ٢٧ وما بعدها، ص ٥٥ وما بعدها.

إنقضاء الحق

بعد أن تعرضنا لتعريف الحق ببيان ماهيته وأنواعه وأركانه ثم تعرفنا علي كيفية نشوءه واستعماله وحدود هذا الاستعمال يجب أن نقف قليلاً لنتناول أسباب انقضاء الحق.

والقاعدة أن الحقوق تنقضي وتزول. وإن قدر لبعضها البقاء أمدا طويلا وأهم الحقوق التي تعمر طويلاً حق الملكية. ولا سيما ذلك الذي يقع علي الأرض. فالأصل أن هذا الحق يبقي ما بقي موضوعه. علي أن الحقوق وإن عمر بعضها طويلاً فهي تزول عن صاحبها بموته، وتنتقل منه إلي ورثته وأسباب انقضاء الحقوق عديدة متنوعة وهي تختلف إلي حد كبير باختلاف نوع الحق عينياً كان أم شخصياً ولذلك سنعرض باختصار شديد لها حيث إن مكانها في دراسة أحكام نظرية الالتزام.

المبحث الأول
انقضاء الحقوق الشخصية أو حق الدائنية

الحقوق الشخصية جميعا حقوق مؤقتة بطبيعتها، ذلك أنها تنشئ علاقات بين الأفراد وتجعل بعضهم ملتزماً في مواجهة البعض الآخر، ولا يمكن أن يكون هذا أبدياً وإلا فإنه يعتبر قيداً خطيراً يمس حرية الملتزم.

وتنقضي الحقوق الشخصية أي الالتزامات، بعدة أسباب قسمها القانون إلى ثلاث طوائف[1]:

أولاً: الوفاء:

وهو النهاية الطبيعية لانقضاء التزام، وذلك لأن هذا الوفاء يحقق لصاحب الحق ما هدف إليه من مصلحة ويخلص المدين من التزامه. والأصل أن يكون تنفيذ الالتزام عينياً متى كان ذلك ممكناً وإلا كان التنتفيذ بمقابل. كما أن الأصل أن يوفي المدين بكل ما التزم به، فلا يجوز للمدين أن يجبر الدائن على أن يقبل وفاءً جزئياً لحقه (م ٣٤٢/ مدنى مصرى).

وينصرف الوفاء إلى تنفيذ الالتزام أياً كان محله، سواء كان محله دفع مبلغ من النقود، أو تسليم شئ، أو القيام بعمل، أو الامتناع عن عمل. وعلى ذلك فالوفاء بالمعنى القانونى لا يقتصر، كما هو الحال في معناه الدارج، على تنفيذ الالتزامات التى يكون محلها دفع مبلغ من النقود.

وطرفا الوفاء هما فى العادة المدين والدائن. غير أنه قد يقع الوفاء من شخص غير المدين له مصلحة في الوفاء، والقاعدة في هذا الصدد أن الدائن ملزم بقبول الوفاء من الغير إلا في حالات استثنائية (م ٣٢٣ مدنى مصرى) أما بالنسبة للموفى له فإن القاعدة أن الوفاء يكون للدائن أو لمن له صفة في استيفاء الدين. أما الوفاء للغير فلا يترتب عليه انقضاء الالتزام إلا في حالات استثنائية (م ٣٣٣ مدنى مصرى).

ويجب أن يتم الوفاء فوراً بمجرد ترتب الالتزام نهائياً في ذمة المدين، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك (م ١/٣٤٦ مدنى مصرى) ومثل الاتفاق هو

---

(١) انظر في تفصيل ذلك نبيل سعد، أحكام الإلتزام، المرجع السابق الإشارة إليه، ص ٣٦١ وما بعدها.

أن يكون الالتزام مضافاً إلى أجل، ومثل النص مهلة الوفاءً التي يمنحها القاضي للمدين عاثر الحظ (م ٣٤٦/٢ مدني مصري).

وعند امتناع الدائن عن قبول الوفاء فإن المدين يستطيع يلجأ إلى إجراءات العرض الحقيقي ليتغلب بها على عنت الدائن وتبرأ ذمته.

ثانيا: ما يعادل الوفاء:

قد ينقضي الالتزام بسبب من الأسباب التي تعادل الوفاء وهي:

١- الوفاء بمقابل:

ويقصد به أن يقبل الدائن في استيفاء حقه مقابلاً يستعيض به عن الأداء المستحق. فإذا التزم شخص نحو آخر بإعطائه مبلغاً من النقود ثم قبل الدائن أن يأخذ بدلاً من النقود سيارة مثلاً وأخذها فعلاً فينقضي التزامه بدفع مبلغ من النقود.

والوفاء بمقابل عملية قانونية مركبة تتضمن مزيجاً من التجديد والبيع والوفاء. ولذلك فإن القواعد المنظمة له تتضمن أيضاً مزيجاً من أحكام التجديد والبيع والوفاء.

٢- التجديد والإنابة:

هو تصرف قانوني يتم بمقتضاه الاتفاق على إنقضاء حق قديم وإنشاء حق جديد يحل محله، أي استبدال حق جديد بالحق الأصلي ويكون ذلك بتغيير الدين أو المدين أو الدائن ويعتبر التجديد طريقاً من طرق انقضاء الحق ومصدراً من مصادر إنشائه في آن واحد.

ويشترط لوقوع التجديد ثلاثة شروط:

١- وجود التزام قديم أولاً حتى ينشأ بعد ذلك التزام جديد ليحل محله.

٢- وإنشاء التزام جديد، حيث أن جوهر فكرة التجديد هو انقضاء الالتزام القديم ونشوء الالتزام الجديد ليحل محله.

٣- ونية التجديد، حيث أن القاعدة أن التجديد لا يفترض، بل يجب أن يتفق عليه صراحة أو أن يستخلص بوضوح من الظروف (م ١/٣٥٤ مدني مصري).

والإنابة عمل قانوني به يحصل المدين على رضاء الدائن بشخص أجنبي يلتزم بوفاء الدين مكانه.

والإنابة الكاملة تتضمن استبدال مدين وهو المناب بالمدين الأصلي وهو المنيب وهو تتضمن تجديداً بتغيير المدين. وقد تتضمن في نفس الوقت تجديداً بتغيير الدائن إذا كانت هناك مديونية سابقة بين المنيب والمناب.

أما الإنابة الناقصة لا يبرئ فيها الدائن (المناب لديه) ذمة مدينة (المنيب) بل يقبل المناب كمدين آخر، فيكون له مدينان عوضاً عن مدين واحد، وهذا هو الفرض الغالب، لأن التجديد لا يفترض في الإنابة.

٣- المقاصة:

وتتحقق إذا أصبح المدين دائناً لدائنه، وكان محل كل من الدينين المتقابلين نقوداً أو مثليات متحدة في النوع والجودة، وكان كل من الدينين خالياً من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة قضاء.

ولا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له مصلحة فيها. فالمقاصة ليست من النظام العام. ولذلك لا يجوز للقاضي أن يحكم بها من تلقاء نفسه.

والمقاصة طريق من طرق انقضاء الالتزام، تقع عندما يكون هناك شخصان كل منهما مدين ودائن للآخر في نفس الوقت فينقضي الدينان بقدر الأقل منهما من الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة لا من وقت التمسك بها.

وتظهر الأهمية العملية للمقاصة في تيسير وضمان الوفاء بالالتزام. فمن ناحية تحول المقاصة دون عملية الوفاء المزدوج وما تتطلبه من جهد ووقت ونفقات ومخاطر. ومن ناحية أخرى تعتبر المقاصة وسيلة ضمان فعالة، فهي تجنب كل من طرفيها مزاحمة باقي دائني الطرف الآخر فيما لو اضطر إلى الوفاء بما عليه، ثم الرجوع بما له على مدينه.

والمقاصة التى تتوفر فيها الشروط السابقة، هى المقاصة القانونية، ويوجد إلى جانبها نوعان آخران من المقاصة هما المقاصة الاختيارية وهى تكون فى الحالة التى يتخلف فيها أحد شروط المقاصة القانونية، ولذلك فإن المقاصة فى هذه الحالة لا تقع بحكم القانون، وإنما تقع بالاختيار، بإرادة أحد الطرفين، أو بإرادتهما معاً، وفقاً لما إذا كان الشرط المتخلف قد قصد به مصلحة أحدهما فقط، أو قصد به

مصلحتهما معاً. والمقاصة القضائية وهى التى يجريها القاضى باستكمال شرط الخلو من النزاع الذى افتقدته المقاصة القانونية.

٤- اتحاد الذمة:

يقصد بها أن يجتمع فى شخص واحد صفتا الدائن والمدين بالنسبة إلى دين واحد ويترتب عليه انقضاء الدين بالقدر الذى اتحدت فيه الذمة.

واتحاد الذمة متصور بالنسبة لكل من الحقوق العينية والحقوق الشخصية. واتحاد الذمة فى الحقوق العينية مثاله أن يتوفى مالك الرقبة فيورثه المنتفع، أو إذا تلقى مالك العقار المرتفق ملكية العقار المرتفق به، أو بالعكس. أو إذا توفى المدين الراهن فورثه الدائن المرتهن أو بالعكس.

واتحاد الذمة فى الحقوق الشخصية مثاله أن يخلف الدائن المدين، أو يخلف المدين الدائن، لأنه لا يجوز أن يكون الشخص دائناً لنفسه أو مديناً لها.

ويترتب على اتحاد الذمة استحالة المطالبة بالدين، إذ لا يستطيع الشخص أن يطالب نفسه. واتحاد الذمة ليس فى حقيقته سبباً من أسباب انقضاء الالتزام بل هو مانع طبيعى يحول دون المطالبة به. ولذلك إذا زال السبب الذى أفضى إلى اتحاد الذمة، كان لزواله أثر رجعى، وعاد الدين إلى الوجود هو وملحقاته بالنسبة لذوى الشأن جميعاً ويعتبر اتحاد الذمة كأن لم يكن.

ثالثاً: انقضاء الالتزام دون الوفاء به:

وينقضى الالتزام دون الوفاء أو ما يعادل الوفاء فى الحالات الآتية:

١- الإبراء:

هو نزول الدائن عن حقه قبل المدين دون مقابل، فهو تصرف فى الحق على سبيل التبرع ويتم الإبراء متى وصل إلى علم المدين دون حاجة إلى قبوله ولكنه يرتد برده.

ويتميز الإبراء بأنه يتم بالإرادة المنفردة للدائن، فلا يشترط لحصوله اتفاق الدائن والمدين. ولكن إذا رأى المدين فى الإبراء مساساً بكرامته فله أن يرده ويترتب على الرد انعدام أثره وبقاء الالتزام قائماً. كما أن الإبراء يعتبر من أعمال التبرع، ولذا تسرى عليه الأحكام الموضوعية للتبرعات دون الشروط الشكلية.

٢- استحالة التنفيذ:

يقصد بها أن يصبح الوفاء بالدين مستحيلاً بسبب أجنبى لا يد للمدين فيه. (م ٣٧٣ مدنى مصرى).

وكما هو واضح فإن الاستحالة لا تؤدى إلى انقضاء الالتزام إلا إذا كانت استحالة مطلقة وتامة، وأن تكون هذه الاستحالة راجعة إلى سبب أجنبى لا يد للمدين فيه، كالقوة القاهرة أو خطأ الدائن، أو خطأ الغير.

٣- التقادم:

ينقضى الالتزام بمرور مدة من الزمن يعينها القانون دون أن يطالب الدائن بالوفاء ويسمى هذا بالتقادم المسقط.

فالتقادم المسقط عبارة عن مضى مدة معينة على استحقاق الدين دون أن يطالب به الدائن فيترتب على ذلك سقوط حقه فى المطالبة إذا تمسك بالتقادم من له مصلحة فيه.

ويرجع إسقاط الحقوق بالتقادم إلى اعتبارات متعددة. فمنها ما يتعلق بالصالح العام وهو تصفية المراكز القديمة ومنع إثارة المنازعات فى شأن عقود أو وقائع لقدم العهد عليها مما يغلب معه فقد السندات الخاصة بها وبالتالى صعوبة الفصل فيها لتعذر معرفة وجه الحق فيها. ومنها ما يتعلق بمصلحة المدين وإهمال الدائن، ذلك أن فى السكوت عن المطالبة بالحق قرينة على الوفاء مما يرفع الحرج عن المدين فلا يضطر إلى الاحتفاظ بالمخالصة بالدين إلى ما لا نهاية بل يكفيه احتفاظه بها طوال مدة سريان التقادم فحسب فإن انقضت هذه المدة كان له إعدام هذه المخالصة (أى سند الوفاء) وهو مطمئن إلى أنه لن يضطر للوفاء للدائن مرة ثانية. كما أن تقرير سقوط حق الدائن بالتقادم يؤدى إلى منع تراكم الديون على المدين وهو أولى بالرعاية من الدائن الذى أهمل فى المطالبة بحقه.

والتقادم المسقط القاعدة العامة فيه مضى خمس عشرة سنة فى القانون المصرى (م ٣٧٤ مدنى مصرى).

وإلى جانب هذا التقادم العادى توجد حالات يتقادم فيها الالتزام بمدة أقصر من ذلك، كالتقادم الخمسى بالنسبة للحقوق الدورية المتجددة وحقوق بعض أصحاب المهن الحرة، والتقادم الثلاثى، بالنسبة للضرائب والرسوم المستحقة

للدولة، والتقادم الحولى، بالنسبة للحقوق التى تنشأ غالباً عن تقديم المنافع والخدمات، كحقوق التجار والصناع، وأصحاب الفنادق والمطاعم، أو حقوق العمال والخدم والأجراء.

والتقادم قد يتعرض للوقف بأن يتعطل سريانه مدة ما لسبب وجود مانع يتعذر معه على الدائن أن يطالب بحقه. ويترتب على ذلك استبعاد الفترة التى توقف التقادم أثنائها. كما قد يتعرض التقادم للانقطاع سواء نتيجة لإجراء اتخذه الدائن أو إقرار صدر من المدين ويترتب عليه إلغاء ومحو ما تم سريانه من مدة التقادم قبل اكتمالها، على أن تبدأ مدة تقادم جديد من وقت زوال السبب الذى أدى إلى الانقطاع.

والقاعدة أن الالتزام لا ينقضى بمجرد استكمال مدة التقادم بل يجب التمسك به من ذوى الشأن فلا يكون للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها. وإذا اكتملت مدة التقادم وتمسك به المدين انقضى الالتزام من وقت بدء سريان التقادم لا من وقت استكمال مدته، أى أن للتقادم أثراً رجعياً. ويترتب على انقضاء الالتزام بالتقادم أن يتخلف عنه فى ذمة المدين التزام طبيعى.

المبحث الثاني

انقضاء الحقوق العينية

والحقوق العينية واردة فى القانون المدنى على سبيل الحصر. وهى إما أن تكون حقوقاً أصلية أو حقوقاً عينية تبعية. والحقوق العينية الأصلية هى الملكية وما تفرع عنها من انتفاع واستعمال وسكنى وارتفاقات وحكر، والحقوق العينية التبعية هى الرهن الرسمى والحيازى والاختصاص والامتياز.

أولاً: انقضاء الحقوق العينية الأصلية:

تنقضى الحقوق العينية الأصلية – كقاعدة عامة – بإحدى الطرق الآتية:

١- هلاك الشئ محل الحق: تنقضى الحقوق العينية الأصلية بهلاك الشئ محل الحق. فإذا كان لشخص حق ملكية على سيارة واحترقت فإن حق المنكية ينقضى.

٢- عدم الاستعمال: يعتبر عدم الاستعمال من الأسباب التى تؤدى إلى انقضاء بعض الحقوق العينية الأصلية. فالقانون يعتبر عدم الاستعمال مدة ١٥ سنة

من الأسباب التى تؤدى إلى انقضاء حقوق الانتفاع والاستعمال والسكنى والحكر والارتفاق.

ويستثنى من ذلك حق الملكية لأنه حق دائم لا يسقط بعدم الاستعمال أية مدة مهما طالت. لكن هذا لا يمنع من اكتساب الغير حق ملكية على الشئ. وذلك اذا ما حازه مدة حددها القانون وهنا الأمر يتعلق باكتساب حق قد غلبه القانون على حق المالك. ولكن هذا المالك لا يفقد حقه لمجرد عدم استعماله له لأية مدة مهما طالت.

ثانياً: انقضاء الحقوق العينية التبعية:

الحقوق العينية التبعية، فإن وظيفتها كحقوق تبعية للدين الأصلى لا تجعل لها بوجه عام سبباً خاصاً للإنقضاء، وإنما ترتبط في ذلك بالحق الشخصى الذى تقوم هذه الحقوق على ضمانه، فالرهن الذى ينشأ ضماناً لدين معين لا ينقضى إلا بإنقضاء هذا الدين. كذلك الحالة بالنسبة للاختصاص والامتياز. ويلاحظ أن مباشرة التنفيذ على الشئ المحمل بالحق العينى ببيعه جبراً بالمزاد والحصول على ثمنه يؤدى إلى إنقضاء الحق العينى التبعى ولو لم يؤد هذا التنفيذ إلى الوفاء بكل الحق.



الفهرس